

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO GRESSLER WONTROBA

**MEIOS AUTÔNOMOS E SUMÁRIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES
JUDICIAIS**

***Habeas Corpus*, Mandado de Segurança e Medida Cautelar contra ato judicial**

CURITIBA

2015

BRUNO GRESSLER WONTROBA

**MEIOS AUTÔNOMOS E SUMÁRIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES
JUDICIAIS**

Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Medida Cautelar contra ato judicial

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná (UFPR), como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini.

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO GRESSLER WONTROBA

MEIOS AUTÔNOMOS E SUMÁRIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS

Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Medida Cautelar contra ato judicial

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, na presença da seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Orientador – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Sandro Marcelo Kozikoski

Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Paulo Osternack Amaral
Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

Curitiba/PR, 02 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais, Mario Snitowski Wontroba e Stela Regina Gressler Wontroba, e irmãos, Victor Gressler Wontroba e Arthur Gressler Wontroba, pelos elogios e incentivos, e por sempre fazerem do lar um ambiente apto a comportar um quintoanista em “processo de redação de uma monografia”.

Em segundo lugar, agradeço à minha namorada, Anna Flávia, igualmente pelos elogios e incentivos, aqueles frequentemente exagerados, e dos quais certamente não sou merecedor, mas, sobretudo, por fazer destes últimos anos um período de intensas alegrias, de muito companheirismo e carinho.

Em terceiro lugar, agradeço aos amigos, sobretudo a Guilherme Henrique Molina, Guilherme Henrique Rezende e Rui Pereira Rocha Jr., pela amizade nesses cinco anos de graduação, pelas festas, Jogos Jurídicos, pelos ensaios e apresentações com a Bateria Os Federais etc.

Em quarto lugar, agradeço ao prof. Eduardo Talamini, orientador, seja nesta monografia, seja durante o estágio e, tenho certeza, na nova fase profissional que se avizinha, como advogado; a ele, agradeço pelas sugestões, que foram todas sempre recebidas com atenção e entusiasmo, todas elas incorporadas ao texto, assim como pela indicação de obras e, inclusive, empréstimo de livros próprios.

Em quinto lugar, agradeço ao prof. Marçal Justen Filho, que, embora talvez desconheça o fato, disponibilizou-me (assim como a todos os advogados e estagiários da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Sociedade de Advogados), amplo e irrestrito acesso à sua biblioteca, onde estive por diversos momentos desde que comecei a redação desta monografia, e de onde obtive acesso à maior parte das referências que fundamentam o texto.

Enfim, a todos estes, meu sincero agradecimento.

*“Se a força falta no braço,
na coragem me sustento”.*

Veterano, de Antônio Augusto
Ferreira e Ewerton Ferreira

RESUMO

O texto aborda os três principais meios autônomos de impugnação às decisões judiciais (irrecorríveis, inclusive), caracterizados pela sumariêdade de seu procedimento, ou seja, e notadamente, o emprego do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da medida cautelar em face de pronunciamentos jurisdicionais. Em primeiro lugar, analisa-se, na introdução, a previsão de irrecorribilidade de decisões judiciais como opção político-legislativa, diante do conteúdo máximo e natureza principiológica (e, portanto, relativizável) do duplo grau de jurisdição. Outrossim, examina-se também o efeito colateral provocado por essa opção político-legislativa, consubstanciado na busca, pelos sujeitos processuais, de meios autônomos de impugnação às decisões judiciais. Em segundo lugar, analisam-se, um a um, os meios acima indicados, examinando seus conceitos e principais aspectos, sua história em nosso sistema jurídico, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial empreendido para permitir a utilização do *habeas corpus*, mandado de segurança e medida cautelar em face de decisões judiciais, na qualidade de sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação, bem como os pressupostos de cabimento em se tratando de impugnação às decisões judiciais irrecorríveis, inclusive.

Palavras-chave: meios de impugnação às decisões judiciais; meios alternativos de impugnação às decisões judiciais; meios autônomos de impugnação às decisões judiciais; sucedâneos recursais; ações autônomas de impugnação; decisões irrecorríveis; *habeas corpus*; mandado de segurança; medida cautelar.

ABSTRACT

The text addresses the three main autonomous means of contesting unappealable judicial decisions, or alternative and autonomous means of contesting judicial decisions, characterized by summary procedure, that is, and notably, the use of *habeas corpus*, *writ of mandamus* and precautionary measure opposite judicial pronouncements. First, it is analyzed, in the introduction, the forecast of unappealable decisions as a political and legislative option, before the maximum content and principled nature (and, so on, relative) of the right to appeal. Furthermore, it examines the side effect caused by this political and legislative option: the search, by procedural subjects, of alternative means to impugn judicial decisions. Second, it is analyzed, one by one, the means indicated above, examining their concepts and main features, their history in our legal system, the doctrinal and jurisprudential development undertaken to allow the use of *habeas corpus*, *writ of mandamus* and precautionary measure against judicial decisions, as appellate substitutes and autonomous contesting actions, as well as assumptions of the appropriateness when it comes to contesting unappealable judicial decisions.

Keywords: challenge means to judicial decisions; alternative means of challenge to court decisions; autonomous means of challenge judicial decisions; appellate substitutes; autonomous contesting actions; unappealable judicial decisions; *habeas corpus*; *writ of mandamus*; precautionary measure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 HABEAS CORPUS.....	16
2.1 ORIGEM NO DIREITO ROMANO, NA TRADIÇÃO PORTUGUESA E NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
2.2 ORIGEM NO DIREITO ANGLO-SAXÃO.	18
2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1891 E O DEBATE SOBRE O OBJETO DE TUTELA DO <i>HABEAS CORPUS</i>	19
2.4 NATUREZA JURÍDICA DO <i>HABEAS CORPUS</i>	22
2.5 O CONCEITO DE “DIREITO LÍQUIDO E CERTO” NO <i>HABEAS CORPUS</i>	23
2.6 CABIMENTO CONTRA ATOS JURISDICIONAIS REVESTIDOS PELA EFICÁCIA DA COISA JULGADA.....	24
2.7 CONCLUSÃO.	26
3 MANDADO DE SEGURANÇA.....	27
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	27
3.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.	29
3.3 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL (IRRECORRÍVEL). 31	
3.3.1 Da Constituição Federal de 1934 até a Lei n. 1.533/1951.	32
3.3.2 Da Lei n. 1.533/1951 até 05/12/1973.	32
3.3.3 De 05/12/1973 até a Lei n. 12.016/2009.	34
3.3.4 O Mandado de Segurança Contra Ato Judicial (Irrecorrível) na Atualidade.	38
3.3.5 O Novo Código de Processo Civil, o Novo Regime do Agravo de Instrumento e o Mandado de Segurança Contra Ato Judicial Irrecorrível.	45
3.3.6 Conclusões e Peculiaridades do Mandado de Segurança Contra Ato Judicial.	46
3.4 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA OMISSÃO JUDICIAL.	50
3.5 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL REVESTIDO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA.....	51
4 MEDIDA CAUTELAR.....	55
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	56
4.1.1 Conceito e Finalidade.....	56

4.1.2 Características.	57
4.1.3 Poder Geral de Cautela e Requisitos.	60
4.2 MEDIDA CAUTELAR “PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL E/OU A RECURSO EXTRAORDINÁRIO”.	62
4.2.1 Correção Terminológica.	62
4.2.2 Medida Cautelar para Suspende os Efeitos de Decisão Sujeita a Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário. Generalidades.	63
4.2.3 Medida Cautelar em Recurso Extraordinário. Súmulas ns. 634 e 635, Supremo Tribunal Federal. Competência.	65
4.2.4 Medida Cautelar em Recurso Especial.	67
4.2.5 Procedimento (?).	69
4.3 MEDIDA CAUTELAR PARA DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL E/OU RECURSO EXTRAORDINÁRIO RETIDO.	71
4.3.1 Regime de Retenção Obrigatória do Recurso Especial e/ou do Recurso Extraordinário.	71
4.3.2 Medida Cautelar como Meio de Impugnação e Destrancamento.	72
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	78

1 INTRODUÇÃO.

(...) sempre que o sistema processual de recursos mostra-se ineficaz para evitar ou para remover prontamente prejuízo derivado de atos ou decisões judiciais, inquinados de causar lesão ao direito ou interesse dos litigantes, feridos ao longo do processo, valem-se estes de outros meios e assim contornam o obstáculo.¹

Conforme a lição acima de EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, a história demonstrou que a eliminação de espécies recursais e/ou a previsão de irrecorribilidade de determinadas decisões quase sempre trouxe consigo um efeito colateral - fundado na reação inerente à natureza humana de inconformismo com a sucumbência – consubstanciado na utilização de meios autônomos de impugnação das decisões judiciais, tal como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a medida cautelar, dentre outros.

Em nota histórica, o mesmo autor trata da adoção, pelo Código de Processo Civil de 1939, ainda que em termos relativos, da irrecorribilidade de decisões interlocutórias, o que fez com que muitos Estados-membros previssem a correição parcial para impugnar decisões tecnicamente irrecorríveis, e que tornou possível o emprego do mandado de segurança em face de atos judiciais, inclusive para, posteriormente, “obter efeito suspensivo em agravo de instrumento”, quando, embora previsto pelo Código de Processo Civil de 1973, não era dado ao relator atribuir dito efeito ao recurso.²

Sobre este fenômeno – a utilização de meios autônomos de impugnação às decisões judiciais irrecorríveis – que se debruçarão as próximas páginas, especificamente no que se refere ao cabimento do *habeas corpus*, do mandado de segurança, da medida cautelar³ em face de atos judiciais, como ações autônomas e

¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992, p. 13.

² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados Recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181-182. Confira-se, ainda, MARINA FRANÇA SANTOS (*A Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 58), considerando fenômeno semelhante no Direito português.

³ Os instrumentos arrolados não são os únicos meios autônomos de impugnação às decisões judiciais. Cogite-se, por todos os possíveis outros exemplos, da reclamação constitucional e da utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação autônoma de impugnação, tratada por EDUARDO TALAMINI (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Função e Estrutura. In: FUX, Luiz; JUNIOR, Nelson Nery e; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 28-31).

sumárias de impugnação às decisões que, por qualquer razão, não estão sujeitas ao cabimento de qualquer espécie recursal típica.

Com efeito, é de se notar que há certa tendência, nos debates sobre a (in)efetividade do Poder Judiciário, em atribuir-se aos recursos e à recorribilidade ampla de nosso sistema processual a culpa pela lentidão na prestação da tutela jurisdicional. Consequentemente, fundamenta-se assim um certo discurso tendente à abolição de algumas espécies recursais, ou, ao menos, de sua restrição através da criação de mecanismos de filtro.

Embora não se possa atribuir ao sistema recursal, unicamente, a responsabilidade pela lentidão do Poder Judiciário na sua atividade⁴, não se pode, por outro lado, chegar ao extremo de afirmar que os recursos em nenhuma medida contribuem para a essa morosidade. Ora, é de sua natureza retardar a resolução do litígio e, eventualmente, a assunção de caráter definitivo pela sentença, ao impedir seu trânsito em julgado e a formação da coisa julgada. Como tal, são também responsáveis pela lentidão que assola os tribunais brasileiros.

Costuma, neste sentido, haver debate sobre as vantagens ou desvantagens na adoção do duplo grau de jurisdição como princípio.⁵ Costuma-se, igualmente,

⁴ EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (Demasiados Recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 191) adverte que “os que criticam os recursos (...) apoiam-se basicamente em aspectos patológicos do funcionamento do Poder Judiciário, em que sua morosidade assume relevante importância. Todavia, o combate à lentidão não se faz com supressão de vias de recorrer, mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária. Se esta, no seu todo, funciona devagar e ninguém se preocupa com o porquê, devagar continuará a funcionar, embora reduzido o número de recursos. Mesmo que se chegue à extinção absoluta, que deixará os tribunais entregues à ociosidade, perdurará a lentidão na primeira instância”. Confirma-se, no mesmo sentido: SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição - Conteúdo e Alcance Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 110.

⁵ Corrente hoje minoritária indica que a adoção do duplo grau de jurisdição acarreta uma série de desvantagens que afrontariam garantias efetivamente constitucionais do processo, por impedir a prestação de uma tutela jurisdicional de forma efetiva e célere. Os autores contrários ao duplo grau de jurisdição têm forte inspiração na doutrina italiana de MAURO CAPPELLETTI (que defendeu incisivamente a abolição do duplo grau de jurisdição e a eliminação do recurso de apelação da legislação italiana, em sua obra *Parere Iconoclastico Sulla Riforma Del Processo Civile Italiano*, em 1969). Confirma-se, sobre as vantagens e desvantagens atribuídas ao duplo grau de jurisdição: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83-84; JAYME, Fernando Gonzaga e SANTOS, Marina França. A Superação do Duplo Grau de Jurisdição Como Princípio. *Revista de Processo*, vol. 214, ano 37, dez. 2012, p. 148-155; JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 59-60; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 99-117; MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 41-51; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 237-238; SÁ, Djanira Maria Radamés de. Op. Cit., p. 92-99 e;

controverter-se sobre a adoção, ou não, do duplo grau de jurisdição pela Constituição Federal de 1988, e sobre qual seria a sua natureza.⁶ O debate sobre o tema tem repercussões eminentemente práticas, sintetizadas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA da seguinte forma:

À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade de erro judicial, adotam as leis posição intermediária, propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.⁷

Contudo, o conteúdo do conceito de duplo grau de jurisdição, seja qual for o valor a ele atribuído em determinado ordenamento, é tema pouco controverso em nossa doutrina. Com efeito, há certa unanimidade em conceituar o duplo grau de

SANTOS, Marina França. *A Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 67-80 e 109-133.

⁶ Somente a Constituição Imperial de 1824 assegurou o duplo grau de jurisdição de forma expressa - trata-se de constatação incontroversa. Os autores contrários ao duplo grau de jurisdição sustentam não haver, na Constituição Federal, qualquer remissão, explícita ou implícita, ao duplo grau de jurisdição, não sendo tal conceito extraível de qualquer outra garantia constitucional, incluindo-se aí o devido processo legal, e que, caso o legislador constituinte quisesse consagrar o duplo grau, teria previsto expressamente, como na Constituição de 1824. Confira-se, neste sentido: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 94, 172 e 177-178. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, p. 239-240), embora não afirme expressamente, abre espaço para concluir que também não entende possuir, o duplo grau de jurisdição, assento constitucional, ao sustentar que, “*embora parte considerável da doutrina, desde época anterior ao advento da atual Carta da República, tenda a considera-lo ínsito em nosso sistema constitucional, nem o texto da Constituição anterior nem o da vigente ministra, no particular, conceito que se imponha ao legislador ordinário; nenhum dos dois alude sequer, expressis verbis, ao princípio. Tem-se de verificar quais são, a respeito, as exigências inerentes à própria sistemática do Código*”. Os autores favoráveis ao duplo grau de jurisdição sustentam, por sua vez, que o duplo grau de jurisdição teria *status* constitucional, porque a Constituição Federal previu a estruturação do Poder Judiciário em órgãos com competências diversas e, inclusive, recursais, bem como porque o duplo grau de jurisdição decorreria da garantia processual constitucional do devido processo legal, sobretudo em razão da cláusula de abertura prevista no art. 5.º, §2º, Constituição Federal de 1988. Colaciona-se, neste sentido, excerto de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS (O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982, p. 141), para quem “*eliminar qualquer tipo de controle da decisão é, inquestionavelmente, violar a garantia do devido processo legal, e, mais do que isso, atribuir ao juiz um papel que lhe foi negado, institucionalmente, pela Constituição*”. Confira-se, ainda: KUKINA, Sérgio Luiz. O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 109, ano 28, jan/mar. 2003, p. 105. Segundo alguns autores, ainda, o duplo grau de jurisdição estaria plenamente assegurado no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, pois o legislador constituinte fez acompanhar o termo “meios” de “recursos” através da conjunção “e”, e não “ou”, a indicar dois instrumentos distintos e igualmente aptos a realizar a ampla defesa e o contraditório, de modo que o termo “recurso” teria emprego em sentido técnico (conforme SANTOS, Marina França. Op. Cit., p. 142-143).

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 229.

jurisdição como a possibilidade de que a parte interessada pleiteie (ou de que o sistema imponha) o amplo reexame, por fundamentos de fato e de direito, da decisão final (sentença) de processo que lhe foi desfavorável, perante órgão hierarquicamente superior ou, pelo menos, diverso daquele que proferiu a decisão recorrida.

Confirmam esta afirmação SÉRGIO LUIZ KUKINA, para quem o duplo grau de jurisdição impõe a existência de um recurso (ou mecanismo qualquer) que permita “a revisão da decisão impugnada em seus aspectos fáticos e jurídicos”⁸, NELSON NERY JUNIOR, segundo quem o duplo grau de jurisdição “consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso”⁹ e outros¹⁰.

Consequentemente, não há, também, grandes divergências relativas a qual espécie de ato jurisdicional – e a qual espécie recursal correlata – refere-se, concretamente, em nosso ordenamento jurídico, o duplo grau de jurisdição. Conceituado como a possibilidade de reexame fático e jurídico da decisão final de um processo, não há dúvida ao se afirmar que o duplo grau de jurisdição “é respeitante única e exclusivamente à recorribilidade da sentença”¹¹, e que o recurso que, em nossa legislação processual civil, o realiza, por completo¹² e materialmente, é a

⁸ KUKINA, Sérgio Luiz. O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 109, ano 28, jan/mar. 2003, p. 103.

⁹ JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

¹⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 239) anota que “em termos genéricos, poder-se-ia dizer que dele [do duplo grau de jurisdição] decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo – como, no sistema do Código de 1973, o contemplado no art. 475 -, após a primeira decisão”. Segundo MARINA FRANÇA SANTOS (*A Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 84), no mesmo sentido, o duplo grau de jurisdição encerra-se no direito de a parte sucumbente ver reexaminada a sentença que lhe foi desfavorável, uma única vez, restrito a um momento específico, uma vez exaurida a prestação da tutela jurisdicional. Segundo DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ (*Duplo Grau de Jurisdição - Conteúdo e Alcance Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 88), “trata-se [o duplo grau de jurisdição] da possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior, vindo dessa circunstância a utilização do termo grau, na denominação do princípio, a indicar os níveis hierárquicos de organização judiciária”.

¹¹ JUNIOR, Nelson Nery. Op. Cit., p. 64.

¹² Segundo ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO (*Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 161-162), os recursos de agravo, retido ou por instrumento, cabíveis em face de decisões interlocutórias, também asseguram em nível infraconstitucional o duplo grau, embora o façam em termos complementares ao apelo.

apelação, em âmbito infraconstitucional, e o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, em âmbito constitucional.¹³

Outrossim, ainda que seu conteúdo fosse mais amplo, o caráter do duplo grau de jurisdição teria natureza “meramente” principiológica, e não de garantia absoluta. Significa dizer que, como princípio, pode ser concretizado em maior ou menor grau conforme outros valores constitucionais de igual ou maior relevância, tal como o acesso à justiça, a celeridade processual e o devido processo legal. Ou seja, é de se aceitar que sofra limitações, inclusive pelo legislador infraconstitucional.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR assinala essa possibilidade, ao estatuir que o duplo grau de jurisdição “*não chega a ser uma garantia constitucional que, em caráter absoluto, tenha de funcionar a todo instante e em qualquer procedimento*”¹⁴, tese corroborada por NELSON NERY JUNIOR, para quem, “*não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso*”¹⁵. O limite de tal intervenção legislativa no duplo grau de jurisdição deverá assegurar o respeito, todavia, ao seu conteúdo mínimo, que, como visto, diz respeito à possibilidade de revisão dos atos jurisdicionais com conteúdo de sentença, pelas vias, em nosso ordenamento, da apelação e do recurso ordinário constitucional.¹⁶

Convém, neste sentido, notar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal¹⁷ sobre o tema relativo ao duplo grau de jurisdição, para quem “*não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária*” (RHC 79.785/RJ, Min. Rel. SEPÚLVEDA

¹³ JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 61; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 161 e; MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 51-53.

¹⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192.

¹⁵ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

¹⁶ Em relação ao recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, cumpre notar que, por se tratar de recurso previsto na Constituição Federal, é vedado à lei infraconstitucional limitá-lo; somente por emenda constitucional é possível restringir o seu cabimento.

¹⁷ Conforme, ainda, AI 513.044 AgR/SP, Min. Rel. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2005; RE 356.287/SP, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2002; RHC 80.919/SP, Min. Rel. NELSON JOBIM, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2001; AI 248.761 AgR/RJ, Min. Rel. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2000; HC 71.124/RJ, Min. Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/1994.

PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/03/2000). Em posicionamento mais recente e semelhante àquele de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e NELSON NERY JUNIOR acima destacado, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/2004, “*não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta*” (AI 601.832 AgR/SP, Min. Rel. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009).

Considerando como ponto de partida as conclusões até aqui adotadas – sobre o conteúdo do duplo grau de jurisdição, como permissivo de reexame de decisões com conteúdo de sentença, através da apelação e do recurso ordinário, e de sua natureza, no máximo, principiológica, em nosso ordenamento, admitindo-se, portanto, derrogações parciais – imperativo lógico é assumir que nem todas as decisões judiciais são protegidas pela cláusula do duplo grau de jurisdição.

Em outros termos, significa dizer que o legislador pode prever que determinadas decisões interlocutórias, tanto em primeiro, quanto em segundo grau, sejam irrecorríveis, na ponderação com outros valores processuais protegidos pela Constituição Federal, porque o duplo grau de jurisdição não é, entre nós, garantia absoluta, e seu conteúdo é restrito à recorribilidade de sentenças.¹⁸ Contudo, em resposta à eventual tendência abolitiva de espécies recursais, repete-se, aqui, a lição de abertura do presente trabalho, de EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO:

(...) sempre que o sistema processual de recursos mostra-se ineficaz para evitar ou para remover prontamente prejuízo derivado de atos ou decisões judiciais, inquinados de causar lesão ao direito ou interesse dos litigantes, feridos ao longo do processo, valem-se estes de outros meios e assim contornam o obstáculo.¹⁹

¹⁸ NELSON NERY JUNIOR (*Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64) sustenta que “o problema do duplo grau de jurisdição é respeitante única e exclusivamente à recorribilidade da sentença, ato que encerra o processo segundo o direito brasileiro vigente (CPC 162 § 1.º, 267, 269 e 513)”.

¹⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992, p. 13.

2 HABEAS CORPUS.

2.1 ORIGEM NO DIREITO ROMANO, NA TRADIÇÃO PORTUGUESA E NO DIREITO BRASILEIRO.

Os romanos já conheciam instrumentos de tutela das liberdades, muito antes da Magna Charta de 1215 e dos dois *Habeas Corpus Act* (de 1679 e 1816) aos quais, comumente, remete-se a origem do *habeas corpus*. Os interditos romanos eram meios de se obter, de forma célere e mediante cognição sumária, ordem para que alguém fizesse algo ou deixasse de fazer algo. Consubstanciavam-se em espécie de poder geral da magistratura romana.²⁰

Os glosadores da Idade Média fizeram ressurgir os interditos romanos, embora apenas parcialmente, já que conheciam apenas o caráter possessório de tais medidas. Embora, todavia, tivessem ampliado o conceito de posse para permitir a utilização desses instrumentos para além da matéria possessória, com a Revolução Francesa e com as conquistas napoleônicas a tendência francesa de extinção de meios de obtenção coercitiva de deveres específicos espalhou-se por toda a Europa, inclusive para Portugal.²¹

Segundo EDUARDO TALAMINI, “o Brasil, entretanto, ficou “*immune à fratura produzida na Europa pelo direito francês*”²², isto porque aqui permaneceram vigentes as Ordenações portuguesas, tal como elaboradas e estruturadas a partir dos princípios do Direito Comum europeu. Consequentemente, o autor anota que, até o final do século XIX, em nosso país vigoravam muitos institutos do Direito Comum do Antigo Regime, dentre eles instrumentos de natureza interdital, fiéis à tradição romana que, outrora, inspirou os glosadores europeus na construção daquele sistema jurídico.

Contudo, quando, sobretudo a partir do XX, inaugurou-se entre nós aquela citada tendência em suprimir os meios²³ de obter o específico cumprimento de determinadas obrigações, notadamente de fazer e de não fazer, o Código de Processo

²⁰ TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 288-289.

²¹ Ibidem, p. 291.

²² Ibidem, p. 293.

²³ EDUARDO TALAMINI (Op. Cit., p. 303) faz notas à apelação extrajudicial, às seguranças reais e às cartas de segurança como meios de tutela interdital previstos nas Ordenações portuguesas.

Criminal de 1832 já previa o *habeas corpus*, com traços nitidamente interditais e romanísticos. EDUARDO TALAMINI, neste sentido, leciona:

O processo civil brasileiro, enquanto vigorou o “preceito cominatório” fiel à linha dos interditos, esteve, até certo ponto, alheio à tendência de rejeição ao emprego de meios coercitivos para imposição de deveres de fazer e não fazer (...). Desse modo, por longo período, vigorou no processo luso-brasileiro a ação de preceito cominatório para tutela de deveres de fazer e não fazer, com características de interdito. Entretanto – e este é o outro traço que não pode deixar de ser notado –, verificou-se progressiva mitigação dos traços interditais da tutela para as obrigações de fazer e de não fazer (...). Todavia, quando minorado o alcance dos interditos provenientes do direito comum lusitano, já se havia estabelecido entre nós um instrumento de jurisdição constitucional das liberdades com as características interditais, o *habeas corpus*.²⁴

O *habeas corpus* foi previsto pela primeira vez em nosso ordenamento no Código de Processo Criminal de 1832, em seu art. 340²⁵, embora a Constituição de 1824 já tutelasse a liberdade de locomoção em face de prisões ilegais. Em 1871, através da Lei n. 2.033, ampliou-se seu cabimento em favor dos estrangeiros, mas, principalmente, permitiu-se sua utilização em caráter preventivo. Segundo EDILSON BONFIM MOUGENOT:

No Brasil, a despeito da proibição de prisões arbitrárias na Constituição Imperial de 1824, a primeira vez em que o remédio foi previsto expressamente na legislação, foi no Código de Processo Criminal de 1832 (...). Em 1871, com a Lei n. 2.033, o *habeas corpus* foi ampliado, acobertando também a figura do estrangeiro e fazendo brotar a tutela preventiva destinada aos casos em que se falava em simples ameaça ao direito de liberdade.²⁶

Contudo, somente em 1891, com a primeira Constituição republicana, é que o *habeas corpus* foi alçado ao *status* de garantia constitucional, com redação ampla e genérica, o que permitiu valorosa discussão sobre a definição de seu objeto de tutela, conforme será exposto abaixo.

Seu caráter constitucional foi repetido em todas as demais Constituições, estando, atualmente, previsto no art. 5.º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”.

²⁴ TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 294, 298 e 300-301.

²⁵ “*Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor*”.

²⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1057.

2.2 ORIGEM NO DIREITO ANGLO-SAXÃO.

Embora AURY LOPES JUNIOR visualize a origem, em termos gerais, do *habeas corpus* na experiência aragonesa da *manifestación de personas*, nos séculos XV e XVI²⁷, há certo consenso na doutrina de Direito Processual Penal em afirmar o surgimento deste instrumento de tutela da liberdade na Inglaterra, a partir da Magna Charta de 1215 e de dois atos editados em 1679 e 1816²⁸ - para além de suas origens romanas, que também influenciaram o Direito anglo-saxão, tal como acima exposto.

A Magna Charta, de 1215, assinada pelo então pressionado rei João Sem-Terra, consagrou e garantiu a defesa da incolumidade da esfera privada dos cidadãos ingleses, incluindo-se aí sua liberdade de locomoção, quando lesada ou ameaçada por prisões ilegais, sem o devido processo legal. Contudo, até aquele momento não havia instrumento definido e apto a concretizar esta garantia, razão pela qual construiu-se, jurisprudencialmente, o que hoje conhecemos como *habeas corpus*.

Segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES:

O modo prático de efetivar-se “esse direito à liberdade, - como lembra Costa Manso, - foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (*writs*) de apresentação, para que o homem (*corpus*) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão deveria ser ou não mantida. Dos diversos *writs*, o que mais se vulgarizou foi o *writ de habeas corpus ad subjiciendum*, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido.²⁹

²⁷ Segundo AURY LOPES JUNIOR (*Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*, vol. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 606-607), “a origem do writ não está restrita ao Habeas Corpus Act de 1679 na Inglaterra. Existe um outro antecedente, ainda mais antigo, e praticamente ignorado pela doutrina brasileira: la manifestación de personas de la corona de aragón na Espanha (...) o *habeas corpus* é uma instituição própria do Direito anglo-saxão, mas não se pode ocultar, sem embargo, sua raiz no Direito histórico espanhol, em que conta com antecedentes remotos como denominado recurso de manifestación de personas do Reino de Aragão e as referências sobre os pressupostos das prisões ilegais contidas no Distrito de Vizcaya e outros ordenamentos distritais”.

²⁸ AURY LOPES JUNIOR (Op. Cit., p. 608-609) reconhece que a razão pela qual a maior parte da doutrina vê na Inglaterra a origem do *habeas corpus* está em que a experiência inglesa perdurou por mais tempo e de forma mais estável, ao contrário dos instrumentos ibéricos. Confirmam o consenso que se apontou: ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 342; FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 635-638, com notas sobre o Direito norte-americano; GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 344-346; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 438-440 e; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1019.

²⁹ MARQUES, José Frederico. Op. Cit., p. 438-439.

Porém, este instrumento, até 1679, não gozava da efetividade necessária, pois não raro eram simplesmente descumpridas as ordens de apresentação dos presos, diante da falta de regulamentação legal. Com efeito, em 1679, editou-se o primeiro *Habeas Corpus Act*, “destinado a disciplinar processualmente, através de atos legais, a proteção ao direito de liberdade”³⁰, prevendo “um rigoroso sistema de sanções pecuniárias (...) [aplicáveis] se os responsáveis pela detenção não cumprissem seus deveres de apresentação do preso e das informações”³¹.

Em 1816, ainda na Inglaterra, editou-se o segundo *Habeas Corpus Act*, “aparando as arestas do instituto, estendendo-lhe a área de incidência para a defesa pronta e rápida da liberdade pessoal”³², ampliando seu cabimento para tutelar a liberdade de locomoção quando violada também por atos de particulares.³³ Desde então, difundiu-se o *habeas corpus* ao resto do mundo, estando hoje, segundo ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA, previsto em todos os sistemas jurídicos conhecidos.³⁴

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1891 E O DEBATE SOBRE O OBJETO DE TUTELA DO HABEAS CORPUS.

Como indicado, a Constituição de 1891 foi a primeira a assegurar assento constitucional ao *habeas corpus*, no § 22 do art. 72, que assim estabelecia: “Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Sobre a ampla redação do dispositivo constitucional debruçaram-se doutrina e jurisprudência no primeiro

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 439.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 345.

³² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 638.

³³ Ibidem, p. 638; GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. Op. Cit., p. 345; JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*, vol. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609 e; MARQUES, José Frederico. Op. Cit., p. 438-439.

³⁴ ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 342.

quarto do século XX, em busca da definição do verdadeiro alcance do *habeas corpus*.³⁵

Em primeiro lugar, houve uma corrente mais restritiva que, com apego à origem histórica do *habeas corpus*, afirmava ser este instrumento cabível para tutelar somente a liberdade de locomoção, a liberdade física, ambulatorial, de ir, vir e ficar, conforme lecionam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES e SCARANCE FERNANDES.³⁶

Em segundo lugar, havia uma corrente mais ampliativa, a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que, orientada pelas lições de RUI BARBOSA, entendia não haver, diante da redação do § 22 do art. 72, Constituição de 1891, limites para o cabimento do *habeas corpus*, bastando que o particular fosse coagido (em qualquer das suas manifestações de liberdade) por ato ilegal ou praticado com abuso de poder. Segundo FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

O primeiro [RUI BARBOSA], interpretando o texto constitucional, não encontrava limites para a concessão do *writ*, e, por isso mesmo, acentuava: “onde se der a violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o *habeas corpus* é irrecusável”.³⁷

Em terceiro lugar, e por fim, houve uma corrente intermediária, adotada no Supremo Tribunal Federal a partir das considerações do então Min. Pedro Lessa, segundo quem, leciona FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, o *habeas corpus* “se destinava, também, a assegurar o exercício de um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, desde que fosse líquido e que, para o seu exercício, fosse necessária a liberdade de locomoção”³⁸.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES bem sintetizam o debate:

Na verdade, três posições firmaram-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou

³⁵ Segundo EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1058), “a exegese do referido texto constitucional deu ensejo a célere discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da amplitude do remédio heróico, sobretudo se ele era destinado exclusivamente à tutela do direito à liberdade ou abrangia também outros direitos relacionados”.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 347.

³⁷ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 640.

³⁸ Idem.

ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e, finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o *habeas corpus*, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas.³⁹

Com a reforma constitucional de 1926, o legislador fez opção pela concepção restritiva do *habeas corpus*, ao alterar a redação do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, que passou a prever o instrumento desta forma: “*Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção*”. Ou seja, afirmou expressamente tratar-se o *habeas corpus* de garantia constitucional da liberdade ambulatorial, de ir, vir ou ficar.

Contudo, a reforma não causou tantos prejuízos à tutela das liberdades individuais em geral, porque logo a Constituição de 1934, embora tenha retirado a locução “locomoção” do dispositivo constitucional dedicado ao *habeas corpus*, introduziu o mandado de segurança em nosso ordenamento, como instrumento apto a coibir qualquer ato do Poder Público que, de forma genérica, violasse direito líquido e certo de particular.⁴⁰

Em verdade, a reforma não causou tantos prejuízos porque, entre 1926 e 1934, a lacuna deixada pelo *habeas corpus* como meio amplo de tutela dos direitos pessoais foi preenchida por uma construção doutrinária, também defendida por RUI BARBOSA: a teoria da posse de direitos pessoais, a partir da qual permitia-se a utilização de ações possessórias – de caráter interdital e, portanto, mais próximas da

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 347-348. Conforme, ainda, TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 306-307.

⁴⁰ Conforme FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 645 e; BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1058.

celeridade e eficiência do processo de *habeas corpus* – para proteger direitos pessoais, sob o pretexto de que estes estariam sob a posse dos indivíduos.⁴¹

De qualquer forma, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES:

A aplicação mais dilatada conferida ao instituto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi, entretanto, abolida pela reforma constitucional de 1926, que restituiu ao remédio sua destinação original, com a nova redação dada ao art. 72, § 22: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção". O retrocesso em relação à proteção de outros direitos não foi duradouro, pois na Constituição de 1934 introduziu-se o mandado de segurança "para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal de qualquer autoridade", sendo previsto o mesmo processo do *habeas corpus*.⁴²

Desde então, como indicou-se de início, o *habeas corpus* foi previsto pelas Constituições seguintes, até a atual, sempre considerado como instrumento de tutela da liberdade de locomoção, sobretudo em face da existência de instrumento com celeridade e procedimento semelhantes para a tutela de outros direitos: o mandado de segurança.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DO *HABEAS CORPUS*.

O Código de Processo Penal regula o *habeas corpus* em seus arts. 647 e ss., Capítulo X, Título II, "*DOS RECURSOS EM GERAL*", o que permitiu discussão sobre a sua natureza jurídica, isto é, se se trata de recurso ou se se trata de ação autônoma. Contudo, há quase unanimidade⁴³, atualmente, em afirmar-se verdadeira ação autônoma⁴⁴, equivocadamente encartada pelo legislador processual-penal como recurso.

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 309.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Gomes Magalhães e FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 348.

⁴³ ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA (*Dos Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344-345) faz nota a GALDINO SIQUEIRA, que "*figura entre os doutos que entendem ser um recurso*", embora também reconheça tratar-se o *habeas corpus* "*ação de natureza constitucional, criminal, popular e cujo objetivo é a proteção ao direito de liberdade individual, traduzido pelo direito de ir, ficar e vir*".

⁴⁴ Conforme BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1059-1060; FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 646-647; GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. Op. Cit., p. 348-350; JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e Sua*

Segundo EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “*embora inserido no Código de Processo Penal entre os recursos, trata-se de verdadeira ação autônoma, cuja tramitação pode ocorrer antes mesmo do início da ação penal propriamente dita*”⁴⁵. Segundo GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “*não se trata de recurso, como faz crer a sua inserção na lei processual penal, mas, sim, de autêntico instrumento para assegurar direitos fundamentais, cuja utilização se dá através de ação autônoma*”⁴⁶.

2.5 O CONCEITO DE “DIREITO LÍQUIDO E CERTO” NO *HABEAS CORPUS*.

Embora a Constituição Federal não preveja expressamente, os autores de Direito Processual Penal entendem que, assim como ocorre no mandado de segurança, o impetrante do *habeas corpus* deverá demonstrar, mediante prova pré-constituída, direito líquido e certo (de liberdade) do paciente. Ou seja, não haveria espaço, no procedimento do *habeas corpus*, para significativas atividades instrutórias, como decorrência da celeridade que deve permear este processo.

Com efeito, neste sentido está EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA:

Assim, e tendo em vista que o mencionado instrumento constitucional deve ter rito célere, de modo a permitir o socorro imediato à liberdade de locomoção atingida ou ameaçada, impõe-se, como regra, que toda a matéria de prova nele suscitada já acompanhe a petição que o veicula. Se a prova da ilegalidade não se encontrar ao alcance do impetrante por ocasião do ajuizamento da ação, o juiz ou o tribunal poderão requisitar a documentação, se plausível e fundada a alegação. Tal como o mandado de segurança, outro *writ* (no sentido de ordem, mandado) constitucional, também destinado a proteger direitos individuais, o *habeas corpus* deve, então, apresentar prova pré-constituída, para imediato conhecimento da matéria alegada e apreciação da ilegalidade ou coação ao direito de liberdade de locomoção.⁴⁷

Conformidade Constitucional, vol. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 611-612; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 438.

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1019.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 883-884.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., 1020. Conforme, ainda, ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 353; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 888. Conforme, ainda, no Supremo Tribunal Federal: “as alegações formuladas pelos impetrantes exigem a realização de exame aprofundado de provas que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, visto tratar-se – na seara penal – de instrumento destinado à proteção de direito líquido e certo, que não admite dilação probatória” (HC 98.840/SP, Min. Rel. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/06/2009) e; RHC 63.583/PR, Min. Rel. SYDNEY SANCHES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/1986. Por fim, também conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, v. RHC 54.193/MG, Min. Rel. GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015 e; AgRg no RHC 42.712/PR, Min. Rel. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014.

EDUARDO TALAMINI, em sentido pouco menos severo sobre o tema, entende que “*ainda que não se ponha de modo idêntico ao mandado de segurança o rígido requisito da prova pré-constituída, exige-se, de qualquer modo, uma demonstração de plano ou pelo menos simplificada da relevância dos fundamentos da impetração*”⁴⁸. Com efeito, parece ser o entendimento mais adequado à dinâmica constitucional, e que permite a conciliação de dois fatos: a inexistência de exigência expressa da Constituição Federal de existência de direito líquido e certo, tal como faz em relação ao mandado de segurança, e a necessidade de que o processo do *habeas corpus* seja célere.

2.6 CABIMENTO CONTRA ATOS JURISDICIONAIS REVESTIDOS PELA EFICÁCIA DA COISA JULGADA.

Questão incontroversa em doutrina de Direito Processual Penal diz respeito ao cabimento do *habeas corpus* em face de atos jurisdicionais revestidos pela autoridade da coisa julgada.

Com efeito, segundo ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA, o *habeas corpus*, em face de “*decisão transitada em julgado, age como verdadeira ação constitutiva, pois tem o escopo de extinguir uma relação jurídica*”⁴⁹ e “*quando modifica sentença com trânsito em julgado age como ação rescisória*”⁵⁰.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁵¹, no mesmo sentido, assinala que “*se o processo for manifestamente nulo, embora haja sentença condenatória irrecorrível, possível será a impetração de habeas corpus*”, ou, ainda, “*se, em vez de nulidade, já houvesse ocorrido causa extintiva da punibilidade, mesmo transitada em julgado a sentença condenatória, impetrável seria a ordem de habeas corpus*”.

Conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, “o *habeas corpus* pode servir inclusive para a

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 513.

⁴⁹ CAMARGO, Adalberto José Queiroz Telles de. *Dos Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344-345.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 646-647.

*rescisão da coisa julgada*⁵², hipótese de cabimento que AURY LOPES JUNIOR denomina de “collateral attack, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado”⁵³.

EDUARDO TALAMINI leciona que essa possibilidade – de emprego do *habeas corpus* contra decisões revestidas pela eficácia da coisa julgada – decorre da essencialidade do bem jurídico através dele protegido (a liberdade de locomoção)⁵⁴, e não da sistemática do Direito Processual Penal, que consagra a possibilidade de revisão (criminal) da sentença condenatória a qualquer tempo, como se poderia crer.⁵⁵

Segundo o autor, a corroborar sua tese, “o *habeas corpus* cabe inclusive contra sentenças civis de mérito que já transitaram em julgado – que, portanto, estão acobertadas pela coisa julgada material”⁵⁶, no que é seguido por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES FILHO E SCARANCE FERNANDES, para quem o *habeas corpus* “não visa a atacar apenas medidas e decisões de juízes criminais, mais quaisquer atos judiciais, administrativos e até mesmo de particulares que possam interferir com a liberdade pessoal”⁵⁷.

O fundamento, portanto, para admitir o emprego do *habeas corpus* em desfavor de ato jurisdicional transitado em julgado estaria no direito que através dele se busca tutelar, conforme expõe EDUARDO TALAMINI:

Portanto, a peculiaridade justificadora do afastamento da coisa julgada não reside propriamente nem no sistema processual penal nem no *habeas corpus*, considerados em si mesmos. Concerne à essencialidade do bem jurídico envolvido: o direito de liberdade. A segurança jurídica cede espaço a outro valor ainda mais relevante, o direito à liberdade pessoal, objeto de proteção do *habeas corpus* (...). O que se tem nesse caso é a constatação da primazia da liberdade, no rol de direitos fundamentais. A sua prioridade em face da segurança jurídica é tal que pode ser afirmada ainda prévia e abstratamente, sem a necessidade de que os valores sejam ponderados *in concreto*.⁵⁸

O mesmo entendimento é encontrado no Supremo Tribunal Federal, quando se afirma que, “*posto transitada em julgado a sentença condenatória, a*

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 349.

⁵³ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*, vol. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 620-621.

⁵⁴ EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1059), no mesmo sentido, indica que “sua viabilidade atinge, até mesmo, processos já findos e alcançados pela coisa julgada, dada a importância do direito tutelado”.

⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 512.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e FERNANDES, Scarance. Op. Cit., p. 344.

⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 512-513.

desconstituição da coisa julgada por via do writ é amplamente admitida” (HC 91.650/RJ, Min. Rel. CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008) e que “o habeas corpus *não sofre qualquer peia, nem mesmo o da coisa julgada*” (HC 107.935/RJ, Min. Rel. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2011), ou, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “*consolidou-se no sentido de que “a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de habeas corpus por órgão jurisdicional de gradação superior”*” (HC 101.256/RS, Min. Rel. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2011; HC 98.079/MG, Min. Rel. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2011).⁵⁹

2.7 CONCLUSÃO.

Por fim e portanto, sendo a imutabilidade do ato jurisdicional, decorrente do trânsito em julgado e da aptidão para a coisa julgada, a hipótese de irrecorribilidade de decisão mais evidente em nosso ordenamento, e partindo-se do pressuposto de que o *habeas corpus* pode ser utilizado inclusive em face de decisão revestida pela autoridade da coisa julgada – e, portanto, irrecorrível -, há de se concluir que o *habeas corpus* é genuíno meio de impugnação às decisões irrecorríveis, qualquer seja ela, desde que haja ilegalidade ou abuso de poder na restrição da liberdade de locomoção do indivíduo.

Afinal, “quem” pode ser instrumento apto a desconstituir a coisa julgada, pode ser apto, também, a permitir a reforma de qualquer decisão, mesmo que irrecorrível por quaisquer outras razões que não o trânsito em julgado.

⁵⁹ Conforme, ainda, HC 106.139/MG, Min. Rel. CÂRMEN LÚCIA, Rel. p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011; HC 92.435/SP, Min. Rel. CARLOS BRITTO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008; RHC 82.045/SP, Min. Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2002.

3 MANDADO DE SEGURANÇA.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.

O mandado de segurança é ação de assento constitucional (art. 5.º, LXIX, Constituição Federal), marcada pela sumariedade de seu procedimento, através da qual a parte (o impetrante) pleiteia tutela jurisdicional protetiva de direito subjetivo líquido e certo, ameaçado ou lesado por ato de qualquer autoridade pública (a autoridade coatora), desde que este ato se apresente ilegal ou praticado com abuso de poder e desde que o direito não possa ser protegido através do *habeas corpus* ou do *habeas data*.⁶⁰

LUIZ FUX expõe que:

O Mandado de Segurança é, pois, tradicionalmente categorizado como instrumento processual constitucional assegurado ao particular, seja pessoa física ou jurídica, brasileiro ou estrangeiro, na defesa de direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que este for lesado (tutela repressiva) ou ameaçado de lesão (tutela preventiva) por ato ilegal ou que implique em abuso de poder, praticado pela Administração Pública, através de seus agentes, na representação direta ou indireta da entidade pública.⁶¹

O mandado de segurança, para além de instrumento processual, é verdadeira garantia fundamental, inscrita no competente rol do art. 5.º da Constituição Federal de 1988. Portanto, segundo SÉRGIO FERRAZ, há uma “*dúplice natureza do mandado de segurança: garantia constitucional contra ato ilegal de autoridade; instrumento processual, de jurisdição contenciosa*”⁶².

O resultado final do mandado de segurança, se procedentes as alegações do impetrante, consiste na emissão de ordem judicial para que a autoridade coatora pratique ou abstenha-se de praticar o ato que ameaça ou desde logo ofende direito líquido e certo do impetrante. Sua eficácia é, portanto, preponderantemente mandamental.⁶³

⁶⁰ Conforme: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 27-29.

⁶¹ FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

⁶² FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19. Conforme, ainda: JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 19/20; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Mandado de Segurança Segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.

⁶³ Conforme: FUX, Luiz. Op. Cit., p. 15; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., 2006, p. 47; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., 2009, p. 3.

O principal requisito constitucional para a concessão de mandado de segurança é, sem dúvida, a existência de direito líquido e certo. Constitui, em termos de Teoria Geral do Processo, “*condição da ação especial de mandado de segurança*”⁶⁴. O conceito de direito líquido e certo encontra-se, atualmente, muito bem definido, como sendo aquele direito cujo substrato fático está plenamente comprovado, tornando desnecessária qualquer espécie de dilação probatória no curso do processo de mandado de segurança.

Com efeito, a liquidez e certeza do direito tutelável pelo mandado de segurança estão ligadas muito mais aos fatos alegados pelo impetrante – que deve prová-los desde a petição inicial, mediante, portanto, prova em regra documental e pré-constituída – do que em relação ao direito em si. Se para a prova dos fatos alegados pelo impetrante, dos quais ele extrai a sua pretensão jurídica, não há necessidade de investigação probatória, porque desde já comprovados documentalmente, e se desses fatos é possível extrair o direito que reclama proteção, há direito líquido e certo, preenchido, portanto, o requisito constitucional.⁶⁵

Convém notar que há muito sedimentou-se o entendimento de que a maior ou menor complexidade da tese jurídica do impetrante não repercute, por si só, sobre a existência ou não de direito líquido e certo. Ou seja, “*controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*” (Súmula n. 625, Supremo Tribunal Federal). O direito, para que seja líquido e certo, exige apenas prova pré-

⁶⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

⁶⁵ Segundo VICENTE GRECO FILHO (O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19), “o pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão por meio do mandado de segurança, devendo a parte pleitear seus direitos por meio de ação que comporte a dilação probatória”. Confira-se, ainda, LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 41; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37; PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 52. Confira-se, no Supremo Tribunal Federal: MS 24.500/DF, Min. Rel. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 25/11/2010; RMS 25.692/DF, Min. Rel. CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010; MS 27.236-AgR/DF, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 25/03/2010; RMS 26.744/DF, Min. Rel. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009 e; MS 20.882/MA, Min. Rel. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/06/1994. Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RMS 35.812/MT, Min. Rel. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013.

constituída dos fatos que lhe fundamentam. “*Provados os fatos, todo direito é líquido e certo se reconhecido*”⁶⁶, conforme JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS.⁶⁷

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, neste sentido, leciona que:

Muita vez pode-se entender como direito líquido e certo o que aparece muito claro, muito palmar, ao entendimento do juiz. Bem acentuou o Min. Carlos Mário Velloso, ao discorrer sobre o tema “Direito líquido e certo”, que o conceito deve ser extraído do problema factual. Quer dizer, os fatos têm de ser incontroversos. Se os fatos forem incontroversos, o direito será sempre certo. Haverá, apenas, problema de subsunção dos fatos incontroversos ao Direito. Porém, por mais difícil que se apresente ao juiz a subsunção dos fatos ao Direito, isso não importa.⁶⁸

3.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO⁶⁹.

Preliminarmente, hão de ser adotadas, para o exame do desenvolvimento histórico do mandado de segurança, todas as considerações relativas à origem do *habeas corpus* entre nós (v. capítulos 2.1 e 2.3), porque, em verdade, seus

⁶⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 52.

⁶⁷ Confira-se, no Supremo Tribunal Federal: RMS 26.744/DF, Min. Rel. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009 e; RMS 26.361/DF, Min. Rel. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008; RMS 21.514/DF, Min. Rel. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/1993.

⁶⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20. Confira-se, ainda, JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 57-58; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 41; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38.

⁶⁹ Sobre o desenvolvimento histórico do mandado de segurança, v.: ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atualizada. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 13-28; BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 29-40; BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 22-31; CARDOSO, Gustavo Brígido Bezerra. Considerações Históricas sobre o Mandado de Segurança. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1-12; GUIMARÃES, Ary Florencio. *Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional no Direito Brasileiro*. In: PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL e TERCEIRAS JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1962, São Paulo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, p. 17-25; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 3-6; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 144-169; NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*. 4ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 19-33; SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 7-12; SIDOU, José Maria Othon. *Do Mandado de Segurança*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969, p. 24-72; SIDOU, José Maria Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular - As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 169-184 e; TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 23-27.

precedentes históricos na tradição luso-brasileira⁷⁰ são os mesmos e, sobretudo porque, de 1891 até 1926, mandado de segurança e *habeas corpus* foram ao mesmo tempo um só, genericamente tratados, porém, sob o nome latino. São, neste sentido, as lições de JOSÉ MARIA OTHON SIDOU, para quem:

(...) o instituto das garantias individuais – hoje chamado mandado de segurança – nasceu da primeira Constituição da República. Ela não poderia dispensá-lo. O que fez a Carta de 1934 foi restaurar esse instituto, banido da nossa sistemática jurídico-constitucional quando a reforma Bernardes deu sentido clássico ao *habeas corpus*, isto é, ao não permitir que esse nome latino se aclimatasse a um reclamo caboclo.⁷¹

O fato é que, com a reforma constitucional de 1926, que restringiu o *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção, não havia, entre nós, instrumento apto a garantir, com as notas interditais daquele remédio constitucional, os direitos outros que não a liberdade de ir, vir e ficar, notadamente em face de atos do Poder Público. Segundo CASTRO NUNES, porém, mesmo antes da reforma, desde 1914 (através de projeto de ALBERTO TÔRRES), e em 1922 (através do então Ministro MUNIZ BARRETO), reclamava-se a existência de um instrumento como o mandado de segurança atual⁷², exigência que se concretizou em projeto apresentado por GUSTESTEU PIRES ainda em 1926⁷³.

Somente o texto constitucional de 1934 é que veio a consagrar o mandado de segurança (art. 113, n. 33), que nasceu disciplinado, porque a ele se aplicava o procedimento do *habeas corpus*. Segundo ALFREDO BUZAID, “o mandado de segurança é uma criação do direito brasileiro”⁷⁴, embora admita também os influxos de alguns institutos estrangeiros comparáveis⁷⁵.

⁷⁰ O tema é examinado por EDUARDO TALAMINI (As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002), cujas lições serviram de fundamento para o capítulo 2.1 deste trabalho (“ORIGEM NO DIREITO ROMANO, NA TRADIÇÃO PORTUGUESA E NO DIREITO BRASILEIRO”), relativo ao *habeas corpus*.

⁷¹ SIDOU, José Maria Othon. *Do Mandado de Segurança*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969, p. 66. Conforme, ainda, do mesmo autor: *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular - As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 176-177.

⁷² NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*. 4ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 20-22.

⁷³ SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 10. Sobre as diversas tentativas de instituição do mandado de segurança entre nós, v., ainda: SIDOU, José Maria Othon. *Do Mandado de Segurança*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969, p. 62-64; SIDOU, José Maria Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular - As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 172-176.

⁷⁴ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25.

⁷⁵ ALFREDO BUZAID (Ibidem, p. 34-64) trata dos *writs* anglo-americanos e do *amparo* mexicano, assim como GUSTAVO BRÍGIDO BEZERRA CARDOSO (Considerações Históricas sobre o Mandado de

O legislador, a despeito da autoaplicabilidade do mandado de segurança, optou por regulamentá-lo, e o fez através da Lei n. 191/1936. A Constituição do Estado Novo, de 1937, não consagrou o mandado de segurança, que permaneceu vigente em plano infraconstitucional, todavia, por força do Decreto-Lei n. 6/1936 (que, aliás, vedava o seu emprego em face de atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores). O Código de Processo Civil de 1939, de seu turno, previu o mandado de segurança como procedimento especial (art. 319 e ss., Título V do Livro IV: “*Dos Procedimentos Especiais*”).

A Constituição Federal de 1946, na tendência de redemocratização, previu o mandado de segurança em seu art. 141, § 24. Com efeito, a partir daí o mandado de segurança sempre esteve assegurado em nível constitucional: no art. 150, § 21, da Constituição Federal de 1967, no art. 153, § 21 da Emenda Constitucional n. 1/1969, e no art. 5.º, LXIX e LXXX, da atual Constituição Federal de 1988.

3.3 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL (IRRECORRÍVEL).

Segundo JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, “*no que diz respeito ao problema de sua [do mandado de segurança] aplicação aos atos jurisdicionais, três fases podem ser bem delineadas*”⁷⁶. O mesmo autor, porém, já em 1984 advertia sobre problema que até hoje persiste em relação à teoria do emprego do mandado de segurança contra atos judiciais: o excessivo casuísmo que permeia o debate, mediante a utilização de termos e conceitos de extrema vagueza semântica e marcados por excessiva carga subjetiva, conforme:

(...) seria injusto se dissesse não havermos avançado, fixando algumas linhas mestras balizadoras do instituto em sua aplicação aos atos jurisdicionais, mas faltaria à verdade se afirmasse já se haver construído, entre nós, uma explicação teórica com suficiente condição de informar a prática judiciária, libertando advogados e juízes da catástrofe que é o casuísmo anárquico, em

Segurança. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 25-28), LUIZ FUX (*Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1), CASTRO NUNES (*Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*. 4ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 51-62) e JOSÉ MARIA OTHON SIDOU (*Do Mandado de Segurança*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969, p. 5-23 – com notas, ainda, sobre os forais aragoneses).

⁷⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 48-49. Conforme, ainda: FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 176-177.

problema de tão alta relevância – qual o do controle da ilegalidade praticada pelo juiz mediante a garantia constitucional do mandado de segurança.⁷⁷

3.3.1 Da Constituição Federal de 1934 até a Lei n. 1.533/1951.

Entre a Constituição de 1934 e a Lei n. 1.533/1951, sem que houvesse texto legal sobre a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial, os juristas dividiam-se em três correntes de entendimento sobre o tema: (a) aquela dos que negavam, absolutamente, a possibilidade de emprego do mandado de segurança contra atos jurisdicionais; (b) aquela dos que admitiam, irrestritamente, a possibilidade de emprego do mandado de segurança contra atos jurisdicionais e; (c) aquela dos que admitiam, em determinadas circunstâncias somente (*“desde que outro remédio judicial eficaz para prevenir, ou corrigir, a lesão (ou ameaça) inexistisse”*⁷⁸), a possibilidade de emprego do mandado de segurança contra atos jurisdicionais.⁷⁹

3.3.2 Da Lei n. 1.533/1951 até 05/12/1973.

O art. 5.º, II, Lei n. 1.533/1951 – que, por quase sessenta anos, regulou o mandado de segurança -, previa não caber mandado de segurança *“de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”*.

Conforme ainda as lições de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS⁸⁰, a partir de então surgiram outras três outras correntes sobre mandado de segurança contra decisão judicial: (a) aquela dos que, antes absolutamente avessos a essa possibilidade, passaram a admitir o mandado de segurança contra decisões judiciais, desde que, com extremo apego ao texto do art. 5.º, II, Lei n. 1.533/1951, não houvesse recurso ordinário previsto em lei; (b) aquela dos que, moderadamente, aceitavam o emprego do mandado de segurança contra decisão judicial, desde que não houvesse

⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 48. Confira-se crítica semelhante em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.58-59.

⁷⁸ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 176-177.

⁷⁹ JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS (Op. Cit.) empreende estudo histórico acerca do emprego do mandado de segurança em face de decisões judiciais, cujas lições são, ainda, repetidas por SÉRGIO FERRAZ (Op. Cit., loc. cit.).

⁸⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. Cit., p. 48-49. Conforme, ainda: FERRAZ, Sérgio. Op. Cit., p. 177.

recurso cabível ou, se houvesse, não fosse ele dotado de efeito suspensivo e; (c) aquela dos que permaneceram fiéis à ampla e irrestrita possibilidade de utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional, desde que preenchidos os seus requisitos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal alinhou-se à primeira corrente (a gramatical ou literal, nos termos adotados por SÉRGIO FERRAZ⁸¹): em 13/12/1963, editou a Súmula n. 267⁸², com texto quase idêntico ao do art. 5.º, II, Lei n. 1.533/1951: “*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*”.

Como parte da segunda corrente, por sua vez, está ARY FLORENCIO GUIMARÃES, que já em 1962 concluía sobre o tema, de certa maneira antevendo tanto a Súmula n. 267 quanto importante julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (v. abaixo), que:

Em cabendo recurso ordinário, sob este ou aquele efeito, normalmente descaberá o mandado de segurança, salvo se, na ausência de recurso com efeito suspensivo, o ato judicial se apresentar com as características de patente ilegalidade ou de flagrante abuso de poder, que, tipicamente, justificarem, em caráter excepcional, o cabimento do writ. (...) 2) – O mandado de segurança não tem cabimento nas hipóteses em que haja recurso ordinário com efeito suspensivo previsto na lei decretada pela União. 3) – A falta de suspensividade do recurso cabível não modifica o quadro, para o efeito de permitir, ou não, o emprego da garantia contra ato judicial ou jurisdicional, a não ser que este se apresente com as características de ilegalidade ou abuso de poder, que tipicamente justificam o cabimento do writ.⁸³

Por fim, entre aqueles que sempre admitiram o cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial, independentemente de qualquer outro requisito para além daqueles previstos na Constituição, ignorando a legislação infraconstitucional restritiva, e até mesmo, no caso, arguindo sua inconstitucionalidade, está SÉRGIO FERRAZ, para quem o art. 5º, II, Lei n. 1.533/1951 “*padece de insanável injuridicidade máxima, eis que atritante (como ocorre com os demais incisos do mesmo artigo) com o balizamento constitucional do writ, onde tais restrições não foram consagradas*”⁸⁴.

⁸¹ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 177.

⁸² EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992, p. 11-12), a partir de análise histórica da Súmula n. 267, critica-a, sustentando que “o Supremo Tribunal Federal forçou a nota ao extrair de tais julgamentos o rigoroso enunciado da Súmula 267” (Ibidem, p. 12).

⁸³ GUIMARÃES, Ary Florencio. *Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional no Direito Brasileiro*. In: PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL e TERCEIRAS JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1962, São Paulo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, p. 31 e 39.

⁸⁴ FERRAZ, Sérgio. Op. Cit., p. 176.

O autor, então, sustenta que:

(...) cabe mandado de segurança contra o ato jurisdicional que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameaça ou viole direito líquido e certo. E só! A irreparabilidade do dano, ou a inexistência de recurso com efeito suspensivo, ou a teratologia ensejada pelo ato, não são critérios de admissão em tese do *mandamus* (...). É irrelevante que haja, ou não, recurso contra a decisão constritora; ou que, havendo recurso, tenha ele efeito suspensivo ou meramente devolutivo; ou, ainda, que tenha sido ele interposto, ou não (...) ou, por fim, que tenha ocorrido, ou não, coisa julgada. Nada disso foi constitucionalmente elevado ao patamar de ponto de aferição da admissibilidade do writ.⁸⁵

3.3.3 De 05/12/1973 até a Lei n. 12.016/2009.

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que consagrava a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias mediante agravo de instrumento (art. 522, desde a sua redação originária), todavia, originariamente sem a possibilidade de concessão de efeito suspensivo, salvo em restritíssimas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal, em 05/12/1973, julgou o Recurso Extraordinário n. 76.909/RS, da relatoria do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

O Supremo Tribunal Federal, então, flexibilizando a Súmula n. 267, e interpretando o art. 5.º, II, Lei n. 1.533/1951 à luz do Código de Processo Civil de 1973 (e do princípio da recorribilidade das decisões interlocutórias), fixou, no julgamento supracitado, entendimento de que, para a admissibilidade do mandado de segurança contra decisão judicial, seriam condições “*a não-suspensividade do recurso acaso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correição a que também alude a lei*”, prevendo, porém, ser necessária a demonstração cumulativa de “*dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menor exigência relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável*”.

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, tratando do excessivo casuísmo e subjetivismo com que o tema do emprego do mandado de segurança entre nós sempre foi tratado, como acima se anteviu, sobre o conceito de dano irreparável, sustenta que “*onde há lesão de direito subjetivo, há indeclinável dever constitucional do juiz de deferir a proteção que a ordem jurídica assegura. E, para fazê-lo, descabe indagar da reparabilidade ou irreparabilidade do dano*”⁸⁶.

⁸⁵ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 183.

⁸⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 67. Segundo o autor (Idem), “*se por força de ato ilegal de um magistrado, é atingido direito subjetivo da parte, seja ele direito subjetivo privado ou público, seja*

O mandado de segurança, apesar do casuísmo, e em boa parte do período em exame, foi frequentemente (e aparentemente) utilizado para atribuir efeito suspensivo ao recurso (agravo de instrumento, em grande parte⁸⁷) que, embora cabível, não fosse dele dotado (e em poucas hipóteses “dotável”), em conformidade com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal (v. acima).

Em verdade, não se trataria, rigorosamente, de mandado de segurança contra ato jurisdicional, mas sim de “*emprego do procedimento do mandado de segurança com finalidade cautelar, não com a que lhe é própria*”⁸⁸, como indica EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, que, outrossim, sustenta que em tal hipótese “*o impetrante não busca proteger e satisfazer direito líquido e certo (...), tampouco se queixa de ilegalidade ou abuso de poder*”^{89,90}. Consiste, porém, em visão distorcida do fenômeno⁹¹ (e que espraia suas distorções para as conclusões a seguir), embora tenha, aparentemente, recebido adesão da maior parte da doutrina.

ele de natureza substancial ou de natureza processual (...), há sempre a previsão da tutela jurídica por meio próprio. E se se cuida de direito líquido e certo (direito que assenta em suporte fático documentalmente comprovável) e de direito público subjetivo, a previsão constitucional assegura a tutela mediante o uso do mandado de segurança, seja qual for a autoridade coatora, isto é, responsável pela prática do ato ilegal ou abusivo. Em sentido contrário, contudo, ou seja, em favor do “dano irreparável” como requisito para o mandado de segurança contra decisões judiciais, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 68) assevera que, “*justamente porque o modo adequado, em princípio, para se impugnam as decisões judiciais são os recursos (...) é preciso conceber-se uma qualidade específica de que deva estar revestida essa ofensa, ao direito do ofendido ou lesado, para que possa ser corrigida por meio de mandado de segurança*”. Segundo a autora (Ibidem, p. 70/71), o dano irreparável é requisito “*necessário para que a parte possa lançar mão do Mandado de Segurança contra ato judicial (...) Trata-se, pois, de um requisito específico, que se coloca e deve ser analisado depois dos pressupostos genéricos de cabimento do writ*”.

⁸⁷ Segundo HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES (*Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47-48), “*historicamente, a frequência na utilização do mandado de segurança com o escopo de atribuir efeito suspensivo a recurso variou de acordo com as mudanças realizadas na sistemática do agravo de instrumento*”.

⁸⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992, p. 17.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Segundo EDUARDO ARRUDA ALVIM (*Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 351) “*veio a predominar, por fim, o entendimento do cabimento do mandado de segurança para tal finalidade [cautelar], porque esse texto legal (inc. II do art. 5º, da Lei nº 1.533/51), conquanto não alterado pelas leis que adaptaram o diploma que disciplinava o mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, revogada pela Lei nº 12.016/09, que passou a regulamentar a matéria) ao CPC/73, devia ser entendido com ressalvas, pois que elaborado à luz do CPC/39, que não estabelecia, como o vigente CPC, a recorribilidade ampla das interlocutórias (art. 522)*”.

⁹¹ Segundo TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Op. Cit., 75-81), não se trata de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tem, mas, sim, de mandado de segurança diretamente impetrado contra o ato judicial, operando-se a suspensão de seus efeitos por força de antecipação de tutela concedida no mandado de segurança. Sustenta a autora (Ibidem, p. 77), com efeito, que, considerando que os pressupostos do mandado de segurança são a ofensa a direito líquido e certo por ato ilegal ou praticado em abuso de poder, “*há, no mínimo, certo grau de incoerência em*

Sobre o emprego do mandado de segurança no período (e com a suposta “finalidade cautelar”) discutiu-se na doutrina e na jurisprudência sobre, afora os casos em que de fato não houvesse previsão de recurso cabível, a necessidade ou não de interposição do recurso ordinariamente previsto em lei concomitantemente à utilização do mandado de segurança.

Em outros termos, para alguns, não haveria necessidade de interposição do recurso cabível, pois o mandado de segurança se prestaria a impugnar, diretamente, o ato judicial.⁹² Contudo, para outros⁹³, inclusive para o Superior Tribunal de Justiça (v. interpretação *a contrariu sensu* da Súmula n. 202: “*a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso*”⁹⁴), o mandado de segurança teria unicamente o condão de atribuir efeito suspensivo a recurso que, portanto, deveria ser interposto, sob pena de preclusão – trata-se de

admitir o uso deste remédio para dar efeito suspensivo a um recurso que, por força de lei, desse efeito é desprovido (...). De fato, ortodoxamente, não há como se falar em direito líquido e certo a que a parte recorrente tenha efeito suspensivo a ser dado ao seu recurso (...). Em verdade, tecnicamente, não se quer propriamente que se dê efeito suspensivo ao recurso, mas que se suspenda a medida judicial ilegal, que terá causado dano a direito líquido e certo da parte (...). Há que se notar, pois, que, em rigor, não se obtém por meio do Mandado de Segurança o efeito suspensivo. O que se obtém, na verdade, é uma suspensão de eficácia do ato ilegal impugnado, através da liminar, o que acaba por fazer as vezes do efeito suspensivo do recurso”. São, no mesmo sentido, as lições de NELSON NERY JUNIOR (Teoria Geral dos Recursos. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 449-450), para quem o impetrante não tem direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato de autoridade quando o recurso que interpõe é recebido apenas em seu efeito devolutivo, por expressa previsão legal. Com efeito, a possibilidade de impetrar mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que não o tem, por lei, posta nestes termos, mereceria ser rejeitada. Segundo o autor, nesta hipótese, visto nestes termos o fenômeno (mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tem por lei), “não estaria o mandamus violando direito líquido e certo da contraparte, de ver o agravo recebido apenas no efeito devolutivo, como determina a lei? Positivamente, o mandado de segurança não pode ser utilizado para se obter efeito suspensivo a recurso que, ex lege, não o tem (...). No entanto, se configurados os requisitos estabelecidos no CF 5.º LXIX, pode a parte obter a segurança, não para dar efeito suspensivo ao recurso, mas para sustar os efeitos do ato jurisdicional impugnado. O alvo do writ, portanto, será o próprio ato jurisdicional, passível, em tese, de recurso recebido no efeito meramente devolutivo”.

⁹² Confira-se, neste sentido: PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984. O autor ensina que “quanto ao recurso sem efeito suspensivo (...) se interposto for, o mandamus torna-o sem objeto, naquilo que coincide com a ilegalidade ou abuso de poder invocados para fundamento da segurança, sendo inaceitável restrinja-se o writ à finalidade de emprestar efeito suspensivo a recurso dele desprovido”. (Ibidem, p. 64). Em idêntico sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 72-75. Conforme leciona a autora (Ibidem, p. 73), “*afigura-se-nos incorreto o raciocínio, na medida em que a preclusão, como se sabe, é instituto que se caracteriza precipuamente por ter seus efeitos produzidos endoprocessualmente (...). Não cabe, pois, falar-se em preclusão como circunstância apta a obstar proposição de outra ação*”.

⁹³ Como exemplos atuais: HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES (*Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 44-45).

⁹⁴ Embora a Súmula n. 202 seja datada somente de 17/12/1997, a maioria de seus precedentes é anterior à Lei n. 9.139/1995.

decorrência da visão distorcida do fenômeno do mandado de segurança contra ato judicial (v. acima), como se, no caso, o objetivo consistisse tão somente em atribuir efeito suspensivo a recurso que não o possui.⁹⁵

Sucessiva e gradativamente, porém, as Leis ns. 9.139/1995, 10.352/2001 e 11.187/2005 acabaram por esvaziar significativamente o emprego do mandado de segurança com essa finalidade cautelar. O relator do agravo de instrumento (e, também, da apelação, nos casos previstos no art. 520, Código de Processo Civil) recebeu, a partir de tais legislações, amplos poderes para, na presença dos requisitos genéricos das tutelas de urgência, atribuir efeito suspensivo ao recurso e, até mesmo, antecipar os efeitos da pretensão recursal (art. 527, III, na redação dada pela Lei n. 11.187/2005, e art. 558, na redação dada pela Lei n. 9.139/1995, ambos do Código de Processo Civil de 1973).

Em outros termos, tornando-se o agravo de instrumento (e a apelação, nos casos em que recebida apenas em seu efeito devolutivo) recurso apto a carregar consigo a eficácia suspensiva (e, posteriormente, aquele que se cunhou de “efeito ativo”), cerceou-se muito significativamente o espaço para utilização do mandado de segurança com “finalidade cautelar”, porque faltaria ao impetrante interesse de agir, já que poderia obter a medida urgente muito mais facilmente através do próprio recurso.

Confira-se, a respeito, EDUARDO ARRUDA ALVIM:

(...) com o advento da Lei nº 9.139/95, o uso de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido ficou, no mínimo, bastante esvaziado, em face do alargamento das hipóteses em que o agravo pode ter efeito suspensivo em relação àquelas albergadas na redação primitiva do art. 558, do CPC, e tendo em conta, ainda, a extensão de tal sistemática às apelações desprovidas de efeito suspensivo (art. 520, CPC).⁹⁶

⁹⁵ Conforme ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 347; PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 62-63 e; TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 527. Confira-se, no Supremo Tribunal Federal: RMS 21.713, Min. Rel. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 21/10/1994.

⁹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Op. Cit., p. 348. Em idêntico sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 5.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 86-87; FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 180-182; FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 41; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 160; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50-51; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira.

3.3.4 O Mandado de Segurança Contra Ato Judicial (Irrecorrível) na Atualidade.

O art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009, que rege atualmente o mandado de segurança, acolhendo as contribuições jurisprudenciais e doutrinárias sobre mandado de segurança contra ato jurisdicional desenvolvidas desde 1934 e, sobretudo, a partir de 1973, prevê não caber mandado de segurança “*de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo*”.

O art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009, de fato, estabelece a regra-geral, a regra-matriz, o núcleo essencial de cabimento de mandado de segurança contra atos judiciais. Contudo, o texto legal merece algumas ponderações.

Em primeiro lugar, embora o art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009, refira-se exclusivamente ao efeito suspensivo como apto a afastar o interesse de agir para o mandado de segurança contra ato judicial, a interpretação de normas restritivas de uma garantia constitucional (como é o caso) deve ser adequada a esse *status*. Em outros termos, a interpretação do art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009 “*não pode conduzir a amesquinhá-lo [o mandado de segurança] e sim a engrandecê-lo*”⁹⁷, conforme as lições de EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO. SÉRGIO FERRAZ, também nesse sentido, expõe que:

Esse berço de nascimento de pronto contamina o mandado de segurança com a marca indelével que há de nortear seu estudioso, intérprete, usuário ou aplicador: partejado que foi como instrumento das liberdades fundamentais, inserido que está dentre as garantias mestras, o mandado de segurança há de ser *sempre* liberalmente encarado e compreendido. É dizer: não de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto a seu cabimento, há de preponderar o entendimento que se inclina em seu favor; nas questões polêmicas que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Firma-se aqui, portanto, desde já, o princípio fundamental a nortear este ensaio, o princípio de espeque constitucional: como, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima.⁹⁸

Com efeito, a regra do art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009, há de ser interpretada não nos estritos termos da suspensividade recursal como condição negativa para o

Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47-50 e; TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 521.

⁹⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992, p. 8. Em sentido semelhante: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 155.

⁹⁸ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18-19.

emprego do mandado de segurança contra atos jurisdicionais. O preceito há de ser interpretado da seguinte forma: não cabe mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso apto a, com eficiência, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, contidos na decisão, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte⁹⁹. Se não existir recurso com tal aptidão, ou se, evidentemente, inexistir qualquer hipótese recursal para o caso concreto, abre-se caminho para o emprego do mandado de segurança contra decisão judicial, desde que preenchidos os requisitos constitucionais.

O art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009, deve ser interpretado desta forma ampliativa, porque, segundo EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, “*nem sempre a presença do efeito suspensivo é, por si só, suficiente (...). De fato, a lesão bem poderá consumir-se, ou agravar-se, na pendência da tramitação do recurso, apesar de seu efeito suspensivo*”¹⁰⁰. Sucintamente, EDUARDO ARRUDA ALVIM leciona que cabe mandado de segurança “*quando o sistema recursal mostrar-se inapto a evitar o dano irreparável ao recorrente*”^{101, 102}.

Em segundo lugar, se para a maior parte da doutrina¹⁰³ a simples previsão legal de recurso apto a proteger, com eficiência, direito líquido e certo da parte, afasta

⁹⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 5.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 86. Confira-se, no Supremo Tribunal Federal: “*Com efeito, o mandado de segurança impetrado contra decisão judicial só é admissível nas raras hipóteses em que ela não possa ser atacada por outro remédio processual, exigindo-se, ademais, a presença de direito líquido e certo*” (RMS 25.141/RJ, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/04/2008).

¹⁰⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992, p. 13. Segundo o autor (Idem): “*Normalmente os intérpretes raciocinam com atos ou decisões que ferem o direito ou o interesse do litigante porque determinam ou autorizam a prática de algum ato, mas se descuidam de atos ou decisões através dos quais é negada autorização ou não é determinada a prática do ato pretendido pelo litigante (...), caso este em que até mesmo o efeito suspensivo do recurso cabível é inócuo*”.

¹⁰¹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 359.

¹⁰² Confira-se, ainda: FILHO, Vicente Greco. *O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 161; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 43 e; TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 527.

¹⁰³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Op. Cit., passim; BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, passim; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit., p. 86; GUIMARÃES, Ary Florencio. *Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional no Direito Brasileiro*. In: PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL e TERCEIRAS JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1962, São Paulo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, passim; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit.,

o interesse de agir para o mandado de segurança, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS¹⁰⁴ entende que só a efetiva interposição do recurso é que, e em termos relativos, ainda, impede o emprego de mandado de segurança contra ato jurisdicional.

Segundo o autor, sendo o mandado de segurança ação autônoma de impugnação, “a existência de preclusão, antes de lhe obstar o ajuizamento, justifica-o. Elas [as ações autônomas de impugnação] existem justamente para que se obtenha o reexame de decisão submetida a preclusão”¹⁰⁵. JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS entende, portanto, que mesmo que exista recurso apto a proteger direito líquido e certo da parte, pode ela impetrar mandado de segurança. Se a parte se valer efetivamente do recurso ordinário, ainda assim poderá empregar o mandado de segurança, que, porém, prejudicará o recurso naquilo em que coincidirem. Se a parte deixar de interpor o recurso, que era cabível e capaz de proteger adequadamente seu direito, operando-se a preclusão¹⁰⁶, ainda assim caberá mandado de segurança.¹⁰⁷

Somente, portanto, para JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, a efetiva interposição do recurso previsto em lei tem o condão de afastar a possibilidade de emprego do mandado de segurança, e em termos restritos, isto é, somente em relação àquelas matérias que não preencham os requisitos do art. 5.º, LXIX, da Constituição

passim; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, passim e; TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei n. 12.016-2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, passim.

¹⁰⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, passim.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 61. Em sentido idêntico: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 72-75.

¹⁰⁶ Com a ressalva do autor em à preclusão que gera o trânsito em julgado e a consequente coisa julgada material, para cuja desconstituição existe ação autônoma de impugnação própria (a ação rescisória) (Op. Cit., p. 55).

¹⁰⁷ Segundo JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS (Ibidem, p. 62, 63 e 64): (...) a ação de impugnação não é algo que convive com o recurso; ela se faz adequada onde não mais adequado é o recurso; ou porque jamais se previu recurso para a espécie (decisão irrecorrível) ou porque os interponíveis deixaram de ser utilizados. Justamente a ação de impugnação é uma oportunidade última que se proporciona ao litigante, atendida a particular espécie de lesão ocorrida (...). A segurança é admissível, havendo ilegalidade, mesmo que o recurso não tenha sido interposto. Como ação de impugnação que é, o fato de inexistir recurso, antes de afastar a admissibilidade, assegura-a. E se o recurso foi interposto, não impede ele se utilize a parte da segurança. Mas que o mandamus se sobreponha ao recurso, que fica prejudicado. Sendo impossível a duplicidade, cede o remédio ordinário à garantia constitucional, correndo a parte o risco da opção que fez (...). Em resumo: a previsão de recurso ordinário com efeito suspensivo não impede a impetração da segurança, se presentes seus pressupostos; apenas acarreta a incidência das custas do retardamento, se foi omissa o interessado em dele se utilizar. Quanto ao recurso sem efeito suspensivo, é ele de todo inapto para obstar a admissibilidade da segurança, inclusive sua falta de interposição é insuficiente para autorizar a incidência das custas de retardamento. E se interposto for, o mandamus torna-o sem objeto, naquilo que coincide com a ilegalidade ou abuso de poder invocados para fundamento da segurança”. Em sentido semelhante: FILHO, Vicente Greco. *O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

Federal. Como indicado, porém, a maior parte da doutrina entende que a mera previsão de recurso apto a proteger direito líquido e certo da parte afasta o interesse de agir para impetrar mandado de segurança.

Se há, portanto, uma regra geral sobre o emprego do mandado de segurança contra atos judiciais, é aquela anteriormente enunciada: não cabe mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso apto a, com eficiência, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, contidos na decisão, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte. Convém notar, todavia, que, se, por um lado, as Leis ns. 9.139/1995, 10.352/2001 e 11.187/2005, acabaram por terminar com a utilização de mandado de segurança com finalidades cautelares, por outro elas também acabaram por esvaziar significativamente as possibilidades de emprego do mandado de segurança contra atos judiciais em geral, porque são poucas as hipóteses que atendem à regra matriz de admissibilidade do mandado de segurança.

Embora em pouco número, porém, essas hipóteses ainda existem, algumas delas criadas, inclusive, pelas próprias leis acima indicadas. Com efeito, remanescem em nosso sistema processual hipóteses em que o mandado de segurança será cabível, seja porque não há recurso previsto (decisões irrecorríveis), seja porque, embora exista recurso, ele não é apto a proteger, com eficiência e celeridade, direito líquido e certo da parte.

Cogite-se, em primeiro lugar, da decisão monocrática que converte agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II, Código de Processo Civil): nos termos do parágrafo único do art. 527, Código de Processo Civil, trata-se de decisão irrecorrível, que só pode ser reformada por ocasião de reconsideração do próprio relator. Caberá, portanto, mandado de segurança, desde que preenchidos os requisitos constitucionais.¹⁰⁸

Cogite-se, em segundo lugar, da decisão monocrática que concede ou não efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal ao agravo de instrumento (art. 527, III, Código de Processo Civil): nos termos do parágrafo único do art. 527, Código de Processo Civil, trata-se de decisão irrecorrível, que só pode ser reformada por ocasião de reconsideração do próprio relator ou em sede de julgamento definitivo do

¹⁰⁸ Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: RMS 34.837/RS, Min. Rel. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2014; RMS 30.269/RJ, Min. Rel. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2013; RMS 27.227/RS, Min. Rel. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012 e; RMS 33.853/RS, Min. Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2011.

recurso. Caberá, portanto, mandado de segurança, desde que preenchidos os requisitos constitucionais.

Cogite-se, em terceiro lugar, da decisão interlocutória proferida no âmbito dos Juizados Especiais: como a Lei n. 9.099/1995 não prevê recurso como o agravo de instrumento, trata-se de decisão irrecorrível, pelo menos imediatamente, impugnável somente por ocasião do recurso inominado contra a sentença. Caberá, portanto, mandado de segurança¹⁰⁹, desde que preenchidos os requisitos constitucionais, porque o recurso inominado poderá não ser apto a proteger direito líquido e certo da parte.¹¹⁰

¹⁰⁹ O Superior Tribunal de Justiça editou, inclusive, súmula (Súmula n. 376: “*competes à Turma Recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de Juizado Especial*”) a respeito da competência para conhecer e julgar o mandado de segurança em face de decisão interlocutória do Juizado Especial, exceto na hipótese de o mandado de segurança voltar-se contra decisão sobre a própria competência do Juizado Especial, caso em que caberá ao Tribunal de Justiça do Estado-membro conhecê-lo. Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: RMS 46.955/GO, Min. Rel. MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015; AgRg no RMS 44.774/SC, Min. Rel. OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015; AgRg no RMS 45.388/SC, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2015; AgRg no MS 21.291/DF, Min. Rel. BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015; AgRg no MS 21.421/DF, Min. Rel. HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014; AgRg no RMS 45.878/SC, Min. Rel. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2014; AgRg no RMS 46.583/SC, Min. Rel. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2014; AgRg no RMS 46.146/SC, Min. Rel. SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014; EDcl no AgRg no RMS 45.550/SC, Min. Rel. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014; AgRg no RMS 45.550/SC, Min. Rel. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014; RMS 45.115/GO, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014; AgRg no RMS 42.598/DF, Min. Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013; RMS 37.959/BA, Min. Rel. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013; AgRg no RMS 42.818/RS, Min. Rel. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2013; REsp 1.185.841/MT, Min. Rel. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013; AgRg no RMS 28.262/RJ, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013; RMS 37.775/ES, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013; RMS 38.884/AC, Min. Rel. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013.

¹¹⁰ Confira-se, a respeito: ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 360-362; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172-176 e; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51 e; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 52. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, porém: “*Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9.099/1995. A Lei 9.099/1995 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do CPC, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CB), uma vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado*” (RE 576.847/BA, Min. Rel. EROS GRAU, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/05/2009).

Cogite-se, em quarto lugar, de decisão monocrática que nega antecipação de tutela em mandado de segurança de competência originária de tribunal: caberá, dela, agravo regimental¹¹¹. Caberá, porém, mandado de segurança, desde que preenchidos os requisitos constitucionais, porque o agravo regimental poderá não ser apto a proteger direito líquido e certo da parte, já que até o julgamento do recurso pelo órgão colegiado pode decorrer lapso temporal significativo.¹¹²

Cogite-se, em quinto lugar, de qualquer decisão que gera efeitos em relação a terceiro, ainda que transitada em julgado: para o terceiro, recorrer é mera faculdade, e não ônus, e, para ele, não há coisa julgada (art. 472, Código de Processo Civil). Caberá, portanto, mandado de segurança, desde que preenchidos os requisitos constitucionais com a advertência de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, de que deve o impetrante “*esclarecer, por meio de argumentos plausíveis, por que razão deixara de recorrer*”^{113, 114}.

¹¹¹ Considerando-se, conforme EDUARDO ARRUDA ALVIM (*Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 366), superada a Súmula n. 622, Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança*”. EDUARDO TALAMINI (O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 526) cita, ainda, com referência jurisprudencial, a decisão que concede ou nega antecipação de tutela em ação direta de inconstitucionalidade, indicando, ainda, que “*toda vez que se reputar não caber agravo interno ou regimental contra decisões individuais de integrantes dos tribunais (entendimento esse de constitucionalidade mais do que duvidosa), haverá de admitir, em contrapartida, o mandado de segurança*”.

¹¹² ALVIM, Eduardo Arruda. Op. Cit., p. 366-367; TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 526.

¹¹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 5.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88. Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RMS 48.399/SP, Min. Rel. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015; AgRg no RMS 45.011/SC, Min. Rel. MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2014; AgRg no RMS 42.597/SP, Min. Rel. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2014; RMS 42.593/RJ, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013; AgRg no RMS 41.530/DF, Min. Rel. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2013; AgRg no RMS 38.280/SC, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012; AgRg no RMS 28.210/RJ, Min. Rel. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012; RMS 34.055/SP, Min. Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011; RMS 30.688/SC, Min. Rel. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010; RMS 29.793/GO, Min. Rel. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2009; AgRg no RMS 23.752/RN, Min. Rel. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2009.

¹¹⁴ Confira-se: TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 527. Em relação à coisa julgada para terceiro, confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.251.064/DF, Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 28/02/2012. Em relação à faculdade de recorrer para terceiro, confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: RMS 25.553/SP, Min. Rel. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010 e; RMS 30.301/RS, Min. Rel. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009.

Cogite-se, em sexto lugar, das sentenças juridicamente inexistentes ou ineficazes, que, para EDUARDO TALAMINI, “*não tem como fazer coisa julgada*”¹¹⁵. Caberá, portanto, mandado de segurança, porque a decisão é, “*na verdade, nula de pleno direito, ou seja, inexistente*”¹¹⁶, desde que preenchidos os requisitos constitucionais.

Cogite-se, em sétimo lugar e por fim, de decisão interlocutória proferida no curso de processo trabalhista: em conformidade com o art. 893, §1º, Consolidação das Leis do Trabalho, trata-se de decisão irrecorrível, pelo menos imediatamente e ressalvadas as exceções contidas na Súmula n. 214, Tribunal Superior do Trabalho¹¹⁷, impugnável somente por ocasião do recurso ordinário contra a sentença. Caberá, portanto, mandado de segurança, e é frequentemente utilizado, desde que preenchidos os requisitos constitucionais, porque o recurso ordinário poderá não ser apto a proteger direito líquido e certo da parte.¹¹⁸

¹¹⁵ TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 528.

¹¹⁶ Conforme, no Superior Tribunal de Justiça: RMS 39.041/DF, Min. Rel. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2013. O caso trata sobre mandado de segurança contra decisão do Juizado Especial transitada em julgado. Como reconheceu-se que o Juizado Especial era absolutamente incompetente, proveu-se recurso ordinário, concedendo-se a segurança “*para reconhecer a incompetência absoluta dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para julgar a ação de obrigação de fazer cumulada com pedido cominatório, declarando-se nulos todos os atos decisórios proferidos no feito e determinando-se a remessa dos autos à Justiça Comum para que conheça e julgue a causa como entender de direito*”.

¹¹⁷ Súmula n. 214, Tribunal Superior do Trabalho: “*DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT*”.

¹¹⁸ Confira-se, no Tribunal Superior do Trabalho: RO 0007138-88.2014.5.15.0000, Min. Rel. DELAÍDE MIRANDA ARANTES, SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS, julgado em 08/09/2015; RO 0005588-92.2013.5.15.0000, Min. Rel. DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES, SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS, julgado em 25/08/2015; RO 0006373-15.2011.5.01.0000, Min. Rel. DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES, SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS, julgado em 14/10/2014 e; ROMS 0358709-30.1997.5.01.5555, Min. Rel. RONALDO LOPES LEAL, SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS, julgado em 05/10/1999.

3.3.5 O Novo Código de Processo Civil, o Novo Regime do Agravo de Instrumento e o Mandado de Segurança Contra Ato Judicial Irrecorrível.

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) ampliará¹¹⁹ as hipóteses de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial. Com efeito, o seu art. 1.015 arrola, taxativamente, as decisões interlocutórias das quais caberá agravo de instrumento, ao contrário do art. 522, Código de Processo Civil de 1973, que estabelecia uma regra geral e aberta sobre o cabimento do recurso.

Outrossim, o novo Código de Processo Civil elimina do sistema recursal o agravo retido, postergando a impugnação das decisões interlocutórias que não sejam objeto de agravo de instrumento para o momento da apelação (art. 1.009, §1º). Em suma, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO:

(...) o agravo retido desaparece do sistema (as questões resolvidas por decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento só poderão ser atacadas nas razões de apelação, art. 1.009, §1º, CPC) e o agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas contra as decisões interlocutórias expressamente arroladas pelo legislador (art. 1.015, CPC).¹²⁰

Certamente existirão, portanto, hipóteses para as quais o novo Código de Processo Civil não preveja agravo de instrumento e que, contudo, não possam aguardar a prolação de sentença para que sejam impugnadas na apelação. Se, portanto, proferir-se decisão interlocutória que, não impugnável via agravo de instrumento, ameace ou ofenda direito líquido e certo da parte, por ilegalidade ou

¹¹⁹ O grau de ampliação do emprego do mandado de segurança contra ato judicial dependerá do grau de ampliação que doutrina e jurisprudência derem ao rol, em princípio taxativo, do art. 1.015, novo Código de Processo Civil. Se conceber-se rol verdadeiramente taxativo, maiores serão as possibilidades de utilização do mandado de segurança. Se, porém, conceber-se rol taxativo, mas ampliável interpretação extensiva (v. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; JÚNIOR, Fredie Didier. Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre Competência e a decisão que nega eficácia a Negócio Jurídico Processual na Fase de Conhecimento. *Revista de Processo*, vol. 242, ano 40, p. 275-284), serão proporcionalmente menores as possibilidades de emprego do mandado de segurança contra decisões judiciais. Os autores mencionam, inclusive, que a interpretação extensiva do art. 1.015, Código de Processo Civil de 2015, seria aconselhável, pois, do contrário, na opinião dos autores, “corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária” (Ibidem, p. 5 do artigo). LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (*Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 946) parecem adotar posição semelhante, ao sustentar que “a fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se da técnica da enumeração taxativa das suas hipóteses de conhecimento. Isso não quer dizer, porém, que não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos (...). O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação”.

¹²⁰ Ibidem, p. 945-946.

abuso de poder, caberá mandado de segurança, por não haver recurso apto a, de forma eficiente, combatê-la.

3.3.6 Conclusões e Peculiaridades do Mandado de Segurança Contra Ato Judicial.

Diante de todo o exposto até aqui, é possível enunciar, a título de conclusão, não caber mandado de segurança de decisão judicial para a qual haja previsão de recurso apto a, com eficiência, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, contidos na decisão, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte. Ou, em termos opostos, cabe mandado de segurança de decisão judicial para a qual não haja previsão de recurso apto a, com eficiência, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, contidos na decisão, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte.¹²¹

Como antecipou-se, jurisprudência e doutrina costumam, todavia, a tratar o tema com excessivo casuísmo, valendo-se de conceitos e termos marcadamente subjetivos, acrescentando-os à regra geral acima indicada, e que, da forma com que frequentemente são empregados, além de em nada auxiliar o intérprete, porque prejudicam a objetividade do estudo, restringem ainda mais o exercício de uma garantia constitucional em face de decisões judiciais. JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS empreendeu notáveis críticas a esses desvios, sustentando que “*a reflexão dos juristas e dos julgadores tem sido prejudicada, a nosso ver, por enfoques inadequados*”¹²²

Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 76.909/RS, sobre o qual tratou-se acima (capítulo 3.3.3: “*De 05/12/1973 até a Lei n. 12.016/2009*”) impôs que, para admissão de mandado de segurança contra decisão judicial, haveria de se provar a possibilidade de que a decisão provoque “dano objetivamente e efetivamente irreparável”. Segundo, porém, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS:

Há, por conseguinte, como princípio ínsito à ordem jurídica, num Estado de Direito, o de que é relevante e merece tutela todo interesse alçado à condição de direito subjetivo. Não se pode indagar, aqui, se a lesão a esse direito é relevante ou irrelevante, se os danos que lhe são causados são reparáveis ou irreparáveis, maiores ou menores. Essas considerações colaterais são

¹²¹ Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça: RMS 31.681/SP, Min. Rel. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012.

¹²² PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 50.

válidas para medir-se a extensão da tutela ou para quantificação da reparação, jamais para o fim de se deferir ou indeferir a proteção jurídica pretendida. Onde há lesão de direito subjetivo, há indeclinável dever constitucional do juiz de deferir a proteção que a ordem jurídica assegura. E, para fazê-lo, descabe indagar da reparabilidade ou irreparabilidade do dano. Se por força de ato ilegal de um magistrado, é atingido direito subjetivo da parte, seja ele direito subjetivo privado ou público, seja ele de natureza substancial ou de natureza processual (...), há sempre a previsão da tutela jurídica por meio próprio. E se se cuida de direito líquido e certo (direito que assenta em suporte fático documentalmente comprovável) e de direito público subjetivo, a previsão constitucional assegura a tutela mediante o uso do mandado de segurança, seja qual for a autoridade coatora, isto é, responsável pela prática do ato ilegal ou abusivo.¹²³

Em segundo lugar, atualmente é frequente acrescer à regra geral de emprego do mandado de segurança contra atos judiciais a circunstância de que a decisão coatora se revista de caráter teratológico. Em outros termos, afirma-se que cabe mandado de segurança de decisão judicial da qual não caiba recurso apto a, com eficiência, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, contidos na decisão, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte, desde que a decisão seja teratológica.¹²⁴

¹²³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 66-67. Confira-se, ainda: FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 183. Em sentido contrário, advogando em favor do conceito de “dano irreparável”: ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 367-368; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 68-71.

¹²⁴ Em precedente do Superior Tribunal de Justiça, citado por EDUARDO ARRUDA ALVIM (Op. Cit., p. 159), utiliza-se tanto o conceito de dano irreparável quanto o de teratologia da decisão, de forma que a regra para emprego de mandado de segurança contra atos judiciais fica assim enunciada: “*excepcionalmente, em situações teratológicas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandamus*” (RMS 29.217/SP, Min. Rel. ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010). O mandado de segurança, no caso apresentado, não foi conhecido porque não vislumbrada “*teratologia na decisão monocrática a autorizar a via mandamental contra o ato judicial*”. Confira-se, ainda: EDcl no MS 19.111/SC, Min. Rel. ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013; AgRg no MS 17.857/DF, Min. Rel. ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/11/2012; RMS 27.325/BA, Min. Rel. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2012; RMS 27.549/SP, Min. Rel. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012; RMS 27.026/MG, Min. Rel. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012; RMS 27.218/MG, Min. Rel. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012; AgRg no RMS 36.493/SP Min. Rel. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012; RMS 30.116/RS, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010. Confira-se, no Supremo Tribunal Federal: RMS 30.550/DF, Min. Rel. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/06/2014. Conforme, ainda: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 159.

Sobre o conceito de teratologia, que EDUARDO TALAMINI reputa ser “*de inegável imprecisão e atecnia*”¹²⁵, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS também empreendeu crítica:

Essa visão do problema fez desviarem-se os julgadores, de modo acentuado, para a solução da admissibilidade em face do excepcional ou teratológico do caso concreto. Assim, mesmo inconfessadamente, admitia-se haver uma hierarquia de ilegalidades oriundas de atos do magistrado: delas havia as não teratológicas ou excepcionais, corrigíveis pelos recursos ordinários, e as que apresentavam feições de monstro – sanáveis pelo mandamus. Mas ficou sem resposta teórica, nem podia tê-lo, a indagação do que faz teratológica uma ilegalidade. Nada se disse nunca a respeito, permanecendo o subjetivismo e o casuismo em matéria de tão grande relevância.¹²⁶

O fato é que conceitos como “dano irreparável” e “teratologia”, da forma pela qual são empregados no estudo do mandado de segurança contra ato jurisdicional, ou seja, como requisitos adicionais (para além da regra geral enunciada pelo art. 5.º, II, Lei n. 12.016/2009, com as ponderações já indicadas) ao cabimento de mandado de segurança em face de decisões judiciais¹²⁷, fazem transbordar os limites de tolerância às restrições de uma garantia fundamental, natureza primeira do mandado de segurança.

O mandado de segurança, garantia constitucional, tem seus pressupostos de cabimento bem delineados no art. 5.º, LXIX, Constituição Federal. O art. 5.º, Lei n. 12.016/2009, prevê restrições até então sempre toleradas por boa parte dos juristas, a partir de fundamentos eminentemente pragmáticos¹²⁸. O emprego desses conceitos vagos como forma de restringir ainda mais, sem amparo constitucional e sequer legal, a garantia fundamental do mandado de segurança, não há, porém, como ser tolerado. Afinal, “*o uso do mandado de segurança contra atos do juiz nada tem de “anômalo”; não pode ser visto como uma patologia. Decorre da própria magnitude constitucional desse instrumento de tutela*”¹²⁹, como afirma EDUARDO TALAMINI.

¹²⁵ TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 526.

¹²⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 50.

¹²⁷ Em doutrina, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 70), afirma que o dano irreparável é requisito “*necessário para que a parte possa lançar mão do Mandado de Segurança contra ato judicial (...). Trata-se, pois, de um requisito específico, que se coloca e deve ser analisado depois dos pressupostos genéricos do cabimento do writ, quando se trata de atos judiciais*”.

¹²⁸ EDUARDO TALAMINI (Op. Cit., p. 521), por exemplo, nota que o emprego das vias recursais ordinárias, quando possível, revela-se “*mais simples e menos custoso, inclusive para o Estado*”, comparativamente à utilização do mandado de segurança.

¹²⁹ Idem. Confira-se, ainda: ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 363.

Os conceitos de “dano irreparável” e “teratologia”, como são empregados atualmente em relação ao mandado de segurança contra decisões judiciais, prestam muito mais um desserviço, seja ao intérprete, na sistematização do tema, seja à garantia constitucional em si, em relação ao seu efetivo exercício. Com efeito, atuam de forma semelhante com à que operou, por algum tempo, a interpretação do conceito de “direito líquido e certo”¹³⁰, segundo a qual somente haveria liquidez e certeza do direito quando este se apresentasse despido de qualquer complexidade da tese jurídica, o que veio a ensejar a edição da Súmula n. 625, Supremo Tribunal Federal (“*controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*”), interpretação que, ademais, antes do verbete sumular, foi, muito provavelmente, fundamento para diversas denegações de segurança.

Os conceitos de “dano irreparável” ou “teratologia”, exemplificativamente, poderiam ser muito bem empregados como hipóteses adicionais de cabimento do mandado de segurança em face de ato judicial. Ou seja, enunciar-se-ia a regra geral de emprego do mandado de segurança contra atos jurisdicionais, e dir-se-ia que, ainda que no caso concreto, em princípio e de acordo com a regra geral, não seja ele cabível, a teratologia da decisão ou a possibilidade de que se consume dano irreparável tornaria imperiosa a sua admissão. Somente isso, e nada além disso.¹³¹

Por fim, cumpre dar nota a duas peculiaridades do mandado de segurança contra decisões judiciais.

Em primeiro lugar, há certo consenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em afirmar-se que o beneficiário do ato coator é litisconsorte passivo necessário no mandado de segurança, sendo imperiosa a sua citação, sob pena de extinção do processo (Súmula n. 631, Supremo Tribunal Federal: “*extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação de litisconsorte passivo necessário*”).

Consequentemente, afirma-se, com igual consenso, que, no mandado de segurança contra ato jurisdicional, a parte adversa do impetrante no processo de origem é beneficiária do ato coator e, portanto, deve participar do processo do

¹³⁰ Conforme capítulo 3.1. (“CONSIDERAÇÕES GERAIS”).

¹³¹ Confira-se, assim, no Supremo Tribunal Federal, a respeito de ato jurisdicional revestido pela autoridade da coisa julgada: “*É certo que esta Corte, abrandando a rigidez da Súmula 267, tem admitido mandado de segurança quando, do ato impugnado, puder resultar dano irreparável, desde logo cabalmente demonstrado.*” (MS 22.623-AgR/SP, Min. Rel. SYDNEY SANCHES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 09/12/1996).

mandado de segurança, mesmo porque pode ser atingida pelos efeitos da decisão nele proferida.¹³²

Em segundo lugar, os arts. 6.º, *caput*, e 7.º, II, Lei n. 12.016/2009, preveem que o impetrante deverá requerer e o juiz deverá determinar, ao despachar a petição inicial, que se dê ciência à pessoa jurídica que integra a autoridade coatora, para que, querendo, ingresse no processo. LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, porém, assevera, aparentemente de forma isolada, que em se tratando de mandado de segurança contra decisão judicial, não há necessidade de notificação da pessoa jurídica interessada, precisamente porque *“não há interesse da pessoa jurídica de intervir num mandado de segurança contra ato judicial que, no caso concreto, está sendo utilizado como meio de impugnação de uma decisão num processo que não lhe diz respeito, nem atinge sua esfera jurídica”*¹³³.

3.4 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA OMISSÃO JUDICIAL.

Contra omissões judiciais, cabe também mandado de segurança, conforme assinala HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹³⁴. Segundo o autor, *“deferida a ordem de segurança pelo tribunal, o juiz estaria jungido a praticar, imediatamente, o ato omitido de maneira injusta, sob pena de cometer crime de desobediência”*¹³⁵.

O tema foi objeto de consideração por JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, para quem *“viola o juiz preceitos de que é destinatário (e isso é a ilegalidade) tanto na medida em que deixa de agir, quando a lei lhe impõe o agir*

¹³² Confira-se: ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atual. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 363-364; FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200-201; GUIMARÃES, Ary Florencio. *Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional no Direito Brasileiro*. In: PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL e TERCEIRAS JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1962, São Paulo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, p. 39 e; TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157-158.

¹³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 5.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

¹³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 163-164. Conforme, ainda: TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 527.

¹³⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 164.

(violação in omitendo) como por igual quando age em desconformidade com o que a lei lhe prescreve (violação in faciendo)”¹³⁶.

Em suma, como as omissões judiciais são irrecorríveis, cabe mandado de segurança, porque para elas não há previsão de recurso apto a, com eficiência, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, pela omissão do magistrado, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte.

Corroborar a tese de cabimento do mandado de segurança contra omissão judicial o veto ao parágrafo único do art. 5.º, Lei n. 12.016/2009, que assim previa: “o mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte dias), após sua notificação judicial ou extrajudicial”. O veto ocorreu somente em razão da possível dificuldade que o preceito geraria em relação ao início do prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança, bem como pela possibilidade de que a notificação fosse endereçada a autoridade incompetente para suprir a omissão¹³⁷.

Segundo VICENTE GRECO FILHO:

O veto, porém, não resolveu o problema do início do prazo no caso de conduta omissiva, quando não há norma jurídica dispondo o prazo em que a autoridade deve decidir certa matéria. Em outras palavras, não havendo norma legal reguladora quando a omissão caracteriza a violação de direito líquido e certo de alguém, no caso de “engavetamento” de pretensão ou procedimento de interesse de alguém? Não haverá alternativa senão a provocação por escrito para que a autoridade decida, em prazo que o prejudicado estabelecer, mediante o protocolo de petição administrativa ou mediante a notificação, extrajudicial ou judicial, definindo, então, a mora da autoridade.¹³⁸

3.5 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL REVESTIDO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA.¹³⁹

Sob a vigência da Lei n. 1.533/1951, não havia norma relativa ao (des)cabimento de mandado de segurança contra ato judicial revestido pela

¹³⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 53.

¹³⁷ O motivo para o veto foi assim redigido: “a exigência de notificação prévia como condição para a propositura do Mandado de Segurança pode gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo de 120 dias em vista da ausência de período razoável para a prática do ato pela autoridade e, em especial, pela possibilidade da autoridade notificada não ser competente para suprir a omissão”.

¹³⁸ FILHO, Vicente Greco. *O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

¹³⁹ Confira-se, sobre o tema, no Supremo Tribunal Federal: MS 26.394-AgR/DF, Min. Rel. AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/07/2009.

autoridade da coisa julgada. O Supremo Tribunal Federal, em 13/12/1963, porém, editou a Súmula n. 268¹⁴⁰, segundo a qual “*não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado*”.

O art. 5.º, III, Lei n. 12.016/2009, por seu turno, prevê expressamente não caber mandado de segurança “*de decisão judicial transitada em julgado*”, e boa parte dos autores¹⁴¹, seja com fundamento no dispositivo legal ou no verbete sumular, não hesita em afirmar, peremptoriamente, descaber, de fato, mandado de segurança contra decisão judicial revestida pela autoridade da coisa julgada pelas próprias partes do processo em que proferida a decisão.

O fundamento de tal restrição está em que, para as partes, o meio típico de desconstituir a coisa julgada seria a ação rescisória, faltando interesse ao impetrante, portanto, para o mandado de segurança. Com efeito, sobretudo a partir da atual redação do art. 489, Código de Processo Civil, segundo EDUARDO TALAMINI:

(...) em regra falta interesse processual para o emprego do mandado de segurança contra a sentença transitada em julgado: a ação rescisória fornece meios instrutórios mais amplos ao interessado, submete-se a prazo decadencial significativamente maior e pode ter a utilidade concreta de seu resultado final assegurada por medidas urgentes.¹⁴²

O mesmo autor, porém, indica duas hipóteses¹⁴³ que, a seu ver, permitiriam o emprego de mandado de segurança contra ato jurisdicional, ainda que revestido pela autoridade da coisa julgada, desde que, evidentemente, presentes os requisitos constitucionais do mandado de segurança:

(a) caso em que há direito líquido e certo sobre a “*incorreção processual ou substancial da sentença sem que seja possível o enquadramento em*

¹⁴⁰ Em relação ao tema, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992) realiza analítico estudo sobre a Súmula n. 268, Supremo Tribunal Federal, e os precedentes que lhe fundamentaram.

¹⁴¹ Conforme: BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-40; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 5.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 90; FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 164-165; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 51-52 e; PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984, p. 55.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 529.

¹⁴³ Ibidem, p. 529-531.

qualquer das hipóteses de ação rescisória”, embora reconheça ser de rara ocorrência e;

(b) sentenças dos Juizados Especiais, cujo regime afasta expressamente o emprego da ação rescisória (art. 59, Lei n. 9.099/1995).¹⁴⁴

Em suma, cabe igualmente aqui, para sentenças de mérito transitadas em julgado, a regra geral sobre admissibilidade do mandado de segurança contra atos judiciais em geral e irrecorríveis: cabe mandado de segurança de decisão judicial revestida pela autoridade da coisa julgada para a qual não haja instrumento típico (v.g, a ação rescisória) como meio de desconstituí-la, e, de forma eficiente, combater eventual ilegalidade ou abuso de poder que, contidos na decisão, ameacem ou ofendam direito líquido e certo da parte.

Com efeito, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO sustenta que: *“vale a diretriz já colocada em destaque e que merece ser frisada: toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pelos mecanismos previstos no sistema processual civil (...) descabe o mandado de segurança contra ato judicial à míngua de interesse jurídico na impetração”*¹⁴⁵.

Por fim, convém notar que, para ANDRÉ RAMOS TAVARES, em entendimento semelhante àquele de SÉRGIO FERRAZ¹⁴⁶, *“se o impetrante puder atestar a presença dos requisitos do mandado de segurança, deve ser admitida essa via, independentemente da existência de outra via específica”*¹⁴⁷. O seu entendimento, contudo, deve ser recebido com ressalvas, porque estabelece, na mesma obra, contradição em relação ao que é dito para o mandado de segurança contra atos judiciais em geral.

Com efeito, em certo momento, ANDRÉ RAMOS TAVARES afirma que *“o que se deve compreender como vedado é admitir o mandado de segurança como substituto do recurso e do Tribunal competente para dele conhecer”*¹⁴⁸, adotando posição consideravelmente restritiva ao cabimento de mandado de segurança contra

¹⁴⁴ Confira-se, ainda, sobre o emprego de mandado de segurança contra sentenças dos Juizados Especiais revestidas pela autoridade da coisa julgada: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172-173.

¹⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

¹⁴⁶ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 183 e passim.

¹⁴⁷ TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei n. 12.016-2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 159.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 157.

atos judiciais em geral. Contudo, duas páginas depois, em relação à decisão revestida pela autoridade da coisa julgada, o mesmo autor afirma, como indicou-se, que “se o *impetrante puder atestar a presença dos requisitos do mandado de segurança, deve ser admitida essa via, independentemente da existência de outra via específica*”¹⁴⁹.

Com o devido respeito, ou afirmam-se suficientes as balizas constitucionais do mandado de segurança (direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso de poder e proteção de direito não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*), admitindo seu emprego contra todo e qualquer ato jurisdicional, recorrível, irrecorrível ou revestido pela autoridade da coisa julgada (que, aliás, é também garantia constitucional¹⁵⁰), ou acata-se o art. 5.º, III, Lei n. 12.016/2009 e, eventualmente, a partir dele, busca-se por hipóteses em que ainda assim, a despeito da restrição legal, mas coerentemente, seja possível o emprego de mandado de segurança.¹⁵¹

¹⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei n. 12.016-2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 159.

¹⁵⁰ Conforme TALAMINI, Eduardo. O Emprego do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus Contra Atos Revestidos pela Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 522.

¹⁵¹ Por fim, verdadeiramente, em relação às decisões proferidas no curso de arbitragens, cujos meios de impugnação poderiam constituir (e constituem) trabalho à parte, confira-se: AMARAL; Paulo Osternack. Mandado de Segurança e Arbitragem. In: CAZZARO, Kleber (coord.). *Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Jubileu de Diamante da criação da Faculdade Estadual de Direito de Ponta Grossa*. Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014, p. 555-571; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 55-63 e; WLADECK, Felipe Sripes. Árbitro pode ser Autoridade Coatora em Mandado de Segurança?. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (REDAC)*, vol. 0, ano 1, mai/jun. 2013, p. 201-216. HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES (Op. Cit., loc. cit.) entendem não caber mandado de segurança, salvo se por terceiro que não quis e não participou do processo arbitral, mas que, todavia, é atingido pelos efeitos de decisão arbitral. O mandado de segurança, para os autores (*Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61), “*não pode servir de veículo à indevida “judicialização” da arbitragem. Não pode constituir uma forma de anti-suit injunction, que não é mais admissível em nosso Direito*”. Contudo, existe pelo menos um fundamento (técnico-jurídico) para afastar o emprego de mandado de segurança contra decisões de árbitros, inclusive por terceiros: segundo PAULO OSTERNACK AMARAL (Op. Cit., p. 570), “*o árbitro não é agente público, não é delegatário estatal, tampouco desempenha função estatal*”, o que conduz à conclusão de que, conforme também demonstra FELIPE SCRIPES WLADECK (Op. Cit., p. 214), “*o árbitro não pode ter seus atos controlados pela via do mandado de segurança*”.

4 MEDIDA CAUTELAR.

Preliminarmente, uma advertência é necessária: reconhece-se que há, entre nós, pelo menos duas grandes teorias contrapostas sobre o conceito e a finalidade das medidas cautelares, uma a que LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART denominam de “doutrina clássica”¹⁵² e que, talvez, congregue a maior parte dos autores de Direito Processual Civil, e outra, a que os autores citados se filiam, orientada pelas lições de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA.

Sabe-se que estas teorias contrapostas se diferenciam desde o início, desde o momento em que definem o que entendem por cautelaridade. Os efeitos da divergência inicial se irradiam por todas as análises subsequentes relativas ao tema. Contudo, o propósito eminentemente prático deste trabalho não permite que sejam tais divergências examinadas à exaustão, embora serão elas, na medida do possível, sempre registradas, pela razão que logo abaixo será exposta e porque não se pode, também, simplesmente desconsiderar a teoria. Com efeito, emprestam-se, aqui, as lições de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, que dá nota ao “*dever profissional de tratar o direito, não como o teórico que constrói seus castelos conceituais, mas como o prático que tem de resolver os problemas existenciais*”¹⁵³.

O exame da medida cautelar como meio de impugnação às decisões terá como pano de fundo, portanto, as considerações daquela doutrina rotulada como “clássica”. Contudo, sempre que possível, serão registradas as considerações da doutrina oposta (a que denominaremos de “doutrina crítica”¹⁵⁴), capitaneada por OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, e da qual (e aqui está o principal motivo para os registros) fez parte o prof. ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA. Os registros serão realizados, portanto, a título de verdadeira homenagem àquele que foi o meu primeiro professor de Direito Processual Civil, quem me apresentou os conceitos e noções mais básicas (e, portanto, de extrema relevância) da Teoria Geral do Processo e do Processo de Conhecimento.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, passim. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 301) emprega o mesmo termo.

¹⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da Ação Cautelar. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 194.

¹⁵⁴ Com isso não se quer dizer, evidentemente, que a doutrina clássica é despida de qualquer senso crítico.

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.

4.1.1 Conceito e Finalidade.

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que contém um livro próprio sobre a tutela cautelar (ou o processo cautelar) (Livro III - “Do Processo Cautelar”), sempre foi ela considerada *tertium genus* de tutela jurisdicional, ao lado da tutela de conhecimento e da tutela de execução.¹⁵⁵

Sua finalidade, e aqui já se colocam divergências¹⁵⁶, de acordo com a doutrina clássica, é assegurar o resultado útil de um processo de conhecimento ou de um processo de execução. Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Conforme: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 23 e 40; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 301; PINTO, Nelson Luiz. Medidas Cautelares - Poder Cautelar Geral de Juiz. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 179 e; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 3: *Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 61. Contudo, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI (Ibidem, p. 57) alertam para o fato de que, no Código de Processo Civil de 2015, “não se fala mais em processo cautelar, como relação jurídica autônoma diante daquela em que se constitui o processo de conhecimento”. Confira-se, também em relação ao novo Código de Processo Civil: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 306.

¹⁵⁶ Segundo OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (Teoria da Ação Cautelar. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 188), o processo dito cautelar se insere, como uma tentativa de outorgar efetividade aos direitos subjetivos, às pretensões e até mesmo a certos interesses não-subjetivados, na ordem judiciária”. Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO ARENHART (*Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 20 e 23), “contrapondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material -, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito (...). O direito à tutela cautelar não advém do processo (...). O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material”. Por fim, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11: *Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 548) assevera que “(...) se visa tutelar, através da função de cautela, de modo preponderante e autônomo, interesses materiais das partes”. Em posição “intermediária”, aparentemente transitando entre a doutrina clássica e a doutrina crítica sobre a tutela cautelar: MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 954-955.

¹⁵⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 24. Conforme, ainda: MEDINA, José Miguel Garcia. Op. Cit., p. 956. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., p. 69-70; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 301; PINTO, Nelson Luiz. Op.

4.1.2 Características.

Considerando-se este ponto de partida, os autores costumam, com um ou outro eventual acréscimo ou decréscimo, arrolar as seguintes características das medidas cautelares: instrumentalidade, dependência, acessoriedade, autonomia, provisoriedade e não-satisfatividade.

Em primeiro lugar, a instrumentalidade da tutela cautelar decorre de sua finalidade, que é, segundo a doutrina clássica, como visto, assegurar o resultado útil de um processo de conhecimento ou de um processo de execução. NELSON LUIZ PINTO chega a afirmar que “*não tem o processo cautelar uma finalidade em si mesmo. Presta-se, sempre, à garantia de um outro processo, chamado de “principal”*”^{158, 159}. Consequentemente, afirma-se, ainda, que o processo cautelar é duplamente instrumental, porque é instrumento para assegurar o resultado útil de outro instrumento (o processo de conhecimento ou o processo de execução).¹⁶⁰

Em sentido oposto, porém, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, filiados à doutrina crítica do processo cautelar, lecionam que:

(...) se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade a obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável (...). A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito, ou com a segurança da situação tutelável, e não com a “seriedade da jurisdição”.¹⁶¹

Cit., p. 179; RIGOLIN, Antônio. Das Medidas Cautelares. *Revista de Processo*, ano 15, n. 57, jan/mar. 1990, p. 61-62; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 3: *Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

¹⁵⁸ PINTO, Nelson Luiz. Medidas Cautelares - Poder Cautelar Geral de Juiz. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 179.

¹⁵⁹ Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 49), “*sua atividade é puramente instrumental do escopo geral da jurisdição, apresentando-se como remédio destinado apenas a assegurar ou garantir o eficaz desenvolvimento e profícuo resultado do desígnio último da jurisdição, realizável pela cognição ou pela execução*”. Confira-se, ainda: *Ibidem*, p. 51-52; LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 605, março de 1986, p. 14-15; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 301 e; RIGOLIN, Antônio. *Op. Cit.*, p. 62.

¹⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 956-957; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-70 e 79; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, loc. cit.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 23-24. Conforme, ainda: SILVA, Ovidio Baptista Araújo

Em segundo lugar, a dependência ou acessoriedade da tutela cautelar decorre de sua instrumentalidade; afinal, se o processo cautelar, segundo a doutrina clássica, é instrumento para a proteção do resultado útil do processo principal, pressupõe a existência (atual ou futura) de um, e dele é dependente e acessório. O art. 796, Código de Processo Civil, neste sentido, dispõe que “*o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente*”.¹⁶²

Em terceiro lugar, a autonomia da tutela cautelar, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, decorre do seu procedimento, objetivo e requisitos próprios, bem como porque o seu resultado não interfere, *a priori*, no resultado do processo principal. Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Sem embargo do caráter instrumental, pois o processo cautelar serve à realização prática de outro processo – e de sua reconhecida acessoriedade, pois sempre depende da existência ou probabilidade de um processo principal (art. 796), é inegável a autonomia técnica do processo cautelar. Essa autonomia decorre dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar, que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal (...). A autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo muito bem a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencedora na ação principal, ou vice-versa. A ação cautelar é, de tal sorte, acolhida ou rejeitada por seus próprios fundamentos, e não em razão do mérito da ação principal. Nesse sentido é claríssimo o art. 810 ao dispor que o indeferimento da medida

da. Teoria da Ação Cautelar. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 188-189; CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11: *Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 543.

¹⁶² JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 26-27; LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 605, março de 1986, p. 13; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 79; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 312; PINTO, Nelson Luiz. Medidas Cautelares - Poder Cautelar Geral de Juiz. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 179; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 3: *Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 62. Segundo OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (*Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 101), “o art. 796 é rigorosamente coerente com os princípios consagrados pelo legislador brasileiro segundo os quais o processo cautelar tem por finalidade a proteção da relação processual do simultâneo ou futuro ‘processo de conhecimento’, ou eventualmente do processo de execução. Se assim é, evidentemente não se poderá jamais conceber o instrumento só, apartado e autônomo do processo principal a que ele por natureza e por destino deve servir”. O caráter da “dependência”, para LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART (*Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 37-38), coerentes com sua concepção sobre a tutela cautelar, assume o contorno de “referibilidade” “a uma situação substancial acautelada. Inexistindo referibilidade, não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa” (ibidem, p. 37).

cautelar não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta.¹⁶³

Em quarto lugar, a provisoriedade da tutela cautelar decorre de sua instrumentalidade, acessoriedade e dependência, porque, se a medida cautelar tem por finalidade proteger o resultado útil de um processo, seus efeitos duram até que seja prestada a tutela jurisdicional em caráter definitivo, com a sentença no processo principal.¹⁶⁴ Os autores filiados à doutrina crítica da tutela cautelar centraram seus esforços notadamente neste ponto. Sendo a tutela cautelar, para eles, meio de assegurar direito material em situação de risco, não pode ela ser provisória, mas, sim, temporária, porque a duração de seus efeitos está ligada à permanência da situação de perigo, e não à superveniência de sentença no processo principal.

Segundo ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, neste sentido:

Sabe-se que a referência à provisoriedade decorre da concepção ideológica sobre as medidas cautelares, forjada pela dogmática, na suposição de que seriam invariavelmente instrumentais em relação ao provimento definitivo, cuja eficácia e utilidade estariam assegurando de modo constante (...) em sede cautelar o que existe é a temporariedade ontológica das medidas cautelares, que devem durar enquanto dura a situação de perigo.¹⁶⁵

Em quinto lugar, a não satisfatividade da tutela cautelar decorre da sua finalidade, que é a de, unicamente, assegurar (e não antecipar ou satisfazer) o resultado útil do processo ou o direito material em situação de perigo, conforme a

¹⁶³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 56. Confira-se, ainda: LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 605, março de 1986, p. 13-14; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 37; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-78; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 305; PINTO, Nelson Luiz. Medidas Cautelares - Poder Cautelar Geral de Juiz. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 179; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 103; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

¹⁶⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 26-27 e 52-54; LOPES, João Batista. Op. Cit., p. 14; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., p. 82; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 302 e 311-312; PINTO, Nelson Luiz. Op. Cit., loc. cit.; RIGOLIN, Antônio. Das Medidas Cautelares. *Revista de Processo*, ano 15, n. 57, jan/mar. 1990, p. 66-67.

¹⁶⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11: Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 548-549. Confira-se, no mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 30-32; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op. Cit., p. 103-104; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da Ação Cautelar. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 192-193.

doutrina (clássica ou crítica) que se adote.¹⁶⁶ OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA elegeu a não-satisfatividade como o único critério capaz de distinguir a tutela cautelar (que é meramente assecuratória) das demais formas de tutela jurisdicional.¹⁶⁷

4.1.3 Poder Geral de Cautela e Requisitos.

O art. 798, Código de Processo Civil, consagra aquilo que doutrina e jurisprudência cunharam de “poder geral de cautela”, ao prever que, além das medidas típicas ou nominadas previstas no texto legal, “*poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*”. Segundo ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, trata-se “*de armar os indivíduos de um direito subsidiário (...), de armar o juiz do correlativo poder residual de cautela, para responder às insuficiências insuperáveis da tutela normativa e das tutelas jurisdicionais primárias normatizadas*”¹⁶⁸, permitindo que as partes requeiram e os juízes lancem mão de “medidas cautelares inominadas”.

Segundo alguns autores, o poder geral de cautela (e a tutela cautelar em geral) decorre do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, Constituição Federal), pois o Poder Público, ao reivindicar para si o poder de solução dos conflitos, proibindo a autotutela, além de assumir o poder-dever de conduzi-la, assume o dever de prestar a jurisdição de forma adequada e útil. O poder geral de cautela surge, então, como o meio de garantir a efetividade e a utilidade da jurisdição.¹⁶⁹

¹⁶⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 23-24; 27-28; 49-50; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 32-36; MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 956-957; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-70; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 301-302.

¹⁶⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da Ação Cautelar. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 188 e 194-195.

¹⁶⁸ CUNHA, Alcides Munhoz da Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11: *Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 543.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 542-546; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 21-23, 41-42 e 97-99; 93-103; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 98-103; MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 955-956; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI,

Os requisitos para o exercício do poder geral de cautela (e para as tutelas cautelares em geral) são, fundamentalmente, dois: a plausibilidade ou probabilidade do direito material objeto do processo principal cujo resultado se pretende assegurar (*fumus boni iuris*) e a situação fática de perigo de dano a este direito, que, em razão da demora natural do processo, pode acarretar a inutilidade ou inefetividade da solução final do processo principal (*periculum in mora*). O art. 801, IV, Código de Processo Civil, neste sentido, prevê que o autor da ação cautelar deverá indicar, na petição inicial, “a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”, revelando que a análise dos dois requisitos se dá mediante cognição sumária.¹⁷⁰

Por fim, convém notar que não há discricionariedade judicial na concessão ou não de medidas cautelares, fundadas ou não no poder geral de cautela. O juiz aprecia livremente (mas motivadamente) as provas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (art. 131, Código de Processo Civil), e só nestes termos é possível conceber certa discricionariedade (ou, melhor, liberdade). Se, porém, “*presentes os pressupostos para a decretação da medida, não pode o juiz furtar-se ao poder-dever de decretá-la*”^{171, 172}.

Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 85-87; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 72-73.

¹⁷⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 59-67; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 28-30; MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 965-966; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92-95; PINTO, Nelson Luiz. Medidas Cautelares - Poder Cautelar Geral de Juiz. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990, p. 181-182. RIGOLIN, Antônio. Das Medidas Cautelares. *Revista de Processo*, ano 15, n. 57, jan/mar. 1990, p. 64-65; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Do Procedimento Comum Cautelar. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 125, ago. 2013, p. 58-59; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 57-58.

¹⁷¹ CUNHA, Alcides Munhoz da Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11: Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 550.

¹⁷² Sobre o tema da “discricionariedade”: Ibidem, p. 549-552; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 112-116.

4.2 MEDIDA CAUTELAR “PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL E/OU A RECURSO EXTRAORDINÁRIO”.

4.2.1 Correção Terminológica.

Sob a expressão “medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial e/ou a recurso extraordinário”, parte da doutrina e da jurisprudência tratam de fenômeno que, porém, é diferente daquele enunciado. Como é enunciado, aliás, mereceria ser rejeitado, assim como quando se trata de “mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso”, ou “mandado de segurança com finalidade cautelar”.¹⁷³ Sobre o tema, a mesma correção terminológica foi sugerida no capítulo 3 (“MANDADO DE SEGURANÇA”, subitem 3.3.3 “De 05/12/1973 até a Lei n. 12.016/2009”).

Com efeito, não há como conceber *fumus boni iuris*, e muito menos direito líquido e certo, em atribuir efeito suspensivo a um recurso que, por lei, não o possui.¹⁷⁴ Segundo NELSON NERY JUNIOR, “o que se observa da casuística da jurisprudência de nossos tribunais é que as partes vão a juízo com a pretensão de sustar os efeitos da decisão judicial recorrível, mas o fazem de forma atécnica, requerendo seja dado efeito suspensivo ao recurso que legalmente não o tem, fazendo-o por meio do mandado de segurança ou da ação cautelar”¹⁷⁵.

Confira-se, também neste sentido, a lição de WILLIAM SANTOS FERREIRA:

Importante sedimentar-se que tanto o mandado de segurança, como a medida cautelar não são utilizados no escopo de se “obter efeito suspensivo a recurso que não possui”, na verdade a concessão da ordem (no MS) ou o deferimento da cautelar suspendem a eficácia da decisão recorrida. Poder-se-ia sustentar que o efeito prático é o mesmo, no entanto, se a tutela fosse concedida para obter-se efeito suspensivo a recurso que não o possui, na verdade estar-se-ia ofendendo a lei que determina taxativamente que o recurso é desprovido de eficácia suspensiva.¹⁷⁶

¹⁷³ Sobre o tema, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 155-170) empreende análise sobre os casos em que se utiliza mandado de segurança com vestes nitidamente cautelares, demonstrando a impropriedade do emprego do mandado de segurança com essa finalidade e a necessidade de se definirem bem os pressupostos de cabimento de cada um dos instrumentos.

¹⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida Cautelar para dar Efeito Suspensivo a Recurso. *Revista de Processo*, ano 83, vol. 74, abr/jun. 1994, p. 2 do artigo.

¹⁷⁵ JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 452.

¹⁷⁶ FERREIRA, William Santos. Medidas Cautelares para dar Efeito Suspensivo a Recurso e para Obstar Efeitos da Decisão Rescindenda. *Revista de Processo*, ano 20, vol. 77, jan/mar. 1995, p. 155. Conforme, ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário - Medida Cautelar e Tutela Antecipatória. *Revista Jurídica*, ano 55, vol. 360, out. 2007, p. 45-46;

Eventualmente, a correção terminológica pode parecer desnecessária, porque, na prática, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou suspender os efeitos da decisão e ele sujeita são fatos que têm o mesmo resultado prático. Contudo, como demonstra LUIZ GUILHERME MARINONI, “*não se trata apenas de precisão conceitual, mas, sobretudo, da necessidade de evidenciar que é a decisão que pode trazer dano grave, pouco importando o fato de o recurso já ter sido interposto*”¹⁷⁷ e que permite, portanto, a concessão de medida cautelar inclusive durante o prazo recursal, como já fez, excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁸.

4.2.2 Medida Cautelar para Suspender os Efeitos de Decisão Sujeita a Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário. Generalidades.¹⁷⁹

O recurso especial e o recurso extraordinário não têm efeito suspensivo (art. 497, Código de Processo Civil). Significa dizer que, proferida a decisão sujeita a esses recursos, tão logo ela pode ser executada, em caráter provisório (art. 475-O, Código de Processo Civil). O caráter provisório da execução aproxima-se ainda mais da execução definitiva se o recurso especial e/ou o recurso extraordinário não são admitidos pelo tribunal de origem, na pendência de agravo (art. 475-O, §2º, II, Código de Processo Civil), porque é possível, a partir de então, dispensar a caução para “*levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade*”.¹⁸⁰

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Cabimento de Medida Cautelar para Emprestar Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário: breves considerações acerca da recente Súmula 634 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 12, março de 2004, p. 77-78.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário - Medida Cautelar e Tutela Antecipatória. *Revista Jurídica*, ano 55, vol. 360, out. 2007, p. 45.

¹⁷⁸ Conforme: MC 444/PR, Min. Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/1996; MC 488/PB, Min. Rel. EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/1996.

¹⁷⁹ Segundo ARAKEN DE ASSIS (*Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 776-777 e 846) e LUIZ GUILHERME MARINO, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (*Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 311), não se trata, tecnicamente, de verdadeira medida cautelar, mas sim de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Contudo, o primeiro autor admite que

¹⁸⁰ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 772-773 e 843-844; CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Os Meios de Impugnação na Medida Cautelar que atribui Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário sob o Enfoque das Súmulas 634 e 635 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 13, p.90-94; DIAS, Luiz Claudio Portinho. A Medida Cautelar como Instrumento Hábil a Conferir Efeito Suspensivo a Recursos Extraordinários. *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol. 780, out. 2000, p. 150-151; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 44; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Cabimento de Medida Cautelar para Emprestar Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário: breves considerações acerca da

Em outros termos, em tese, a parte a quem compete interpor recurso especial e/ou recurso extraordinário pode, desde que proferida a decisão e até o julgamento do recurso interposto, sofrer dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*), porque a parte adversa poderá executar provisoriamente o *decisum* impugnado.

Se o recorrente puder demonstrar, ainda, que há grande probabilidade de que o seu recurso venha a ser provido, isto é, se demonstrar a plausibilidade de seu direito (*fumus boni iuris*) – e isso demanda reconhecer também que os recursos especial e extraordinário são recursos de fundamentação vinculada (arts. 102, III, e 105, III, Constituição Federal)¹⁸¹ e que se sujeitam a diversos filtros (repercussão geral, para o segundo, notadamente), regimentais e sumulares (Súmulas ns. 7, Superior Tribunal de Justiça, e 279, Supremo Tribunal Federal, por exemplo) -, não há qualquer óbice teórico para que requeira, em sede de medida cautelar, a suspensão dos efeitos da decisão recorrida.¹⁸²

Segundo ARAKEN DE ASSIS:

À necessidade eventual de suspender-se a eficácia do provimento recorrido, todavia subsistente, o STF respondeu com a invocação do art. 21, IV, c/c art. 304, do respectivo regimento interno. Essas disposições autorizam o relator a submeter ao plenário ou à turma medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao extraordinário (...). À necessidade de emprestar efeito suspensivo ao recurso especial, sentida fortemente pelo vencido, invoca-se o poder geral de cautela – no STJ, conforme o art. 34, V, do RISTJ, incumbe ao relator propor ao órgão fracionário (turma, seção ou corte especial) medidas cautelares “destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”, e a deferi-las, *ad referendum* do órgão competente (art. 34, VI, do RISTJ).¹⁸³

recente Súmula 634 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 12, março de 2004, p. 69-71.

¹⁸¹ Segundo WILLIAM SANTOS FERREIRA (Medidas Cautelares para dar Efeito Suspensivo a Recurso e para Obstar Efeitos da Decisão Rescindenda. *Revista de Processo*, ano 20, vol. 77, jan/mar. 1995, p. 156), “se a medida cautelar é ajuizada em razão de um recurso de fundamentação vinculada que não possua efeito suspensivo – v.g. Recursos Especial e Extraordinário – neste mesmo requisito (*fumus boni iuris*) deverá haver um plus, qual seja, a apreciação, para concessão da tutela cautelar, da sustentada aparência de direito que se encaixe nas hipóteses de admissão do recurso interposto”.

¹⁸² JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 438; MARINONI, Luiz Guilherme. Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário - Medida Cautelar e Tutela Antecipatória. *Revista Jurídica*, ano 55, vol. 360, out. 2007, p. 46; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Cabimento de Medida Cautelar para Emprestar Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário: breves considerações acerca da recente Súmula 634 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 12, março de 2004, p. 82; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida Cautelar para dar Efeito Suspensivo a Recurso. *Revista de Processo*, ano 83, vol. 74, abr/jun. 1994, p. 2 do artigo.

¹⁸³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 774 e 844.

4.2.3 Medida Cautelar em Recurso Extraordinário. Súmulas ns. 634 e 635, Supremo Tribunal Federal. Competência.

O Supremo Tribunal Federal, porém, desde há muito cria óbices para a propositura de medida cautelar com o objetivo de suspender os efeitos de decisão sujeita a recurso extraordinário.¹⁸⁴ Em 24/09/2003, a verdadeira aversão do Supremo Tribunal Federal em relação às medidas cautelares com essa finalidade cristalizou-se nas Súmulas ns. 634 e 635, que dispõem, respectivamente: “*não cabe ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem*” e “*cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade*”.

O fundamento dos enunciados estaria em que o parágrafo único do art. 800, Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 8.592/1994 – que prevê: “*interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal*” – não seria aplicável ao recurso extraordinário pendente de juízo de admissibilidade, porque a admissão de medida cautelar para suspender os efeitos da decisão sujeita ao recurso, diretamente no Supremo Tribunal Federal, implicaria pré-julgamento do recurso extraordinário.¹⁸⁵

¹⁸⁴ “MEDIDA CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO SE CONHECE DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR PLEITEANDO EFEITO SUSPENSIVO PARA RECURSO EXTRAORDINÁRIO SEQUER ADMITIDO, AINDA, NA ORIGEM” (Pet. 150 MC/SP, Min. Rel. FRANCISCO REZEK, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/09/1985). Conforme, no mesmo sentido: Pet 381 MC/SP, Min. Rel. CARLOS MADEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 19/10/1989; Pet 212/RJ, Min. Rel. CARLOS MADEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 09/06/1988; Pet 196 MC/SP, Min. Rel. OCTAVIO GALOTTI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/1987; Pet 153 MC/SP, Min. Rel. OSCAR CORRÊA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/09/1985.

¹⁸⁵ “Agravos regimentais. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na Corte de origem. - O disposto no parágrafo único do artigo 800 do C.P.C., na redação que lhe deu a Lei 8.592/94, não se aplica a recurso extraordinário ainda não admitido, pela singela razão de que sua aplicação implicaria pré-julgamento da admissão do recurso extraordinário pelo relator da petição de medida cautelar, que se torna preventivo para julgar o agravo contra o despacho da não-admissão desse recurso, em detrimento da livre apreciação do Presidente do Tribunal “a quo” no âmbito da competência originária que a legislação lhe outorga para esse juízo de admissibilidade, porquanto, se se considera relevante o fundamento jurídico do recurso extraordinário para o efeito de conceder-lhe o efeito suspensivo que a legislação não lhe outorga, é evidente que ele deverá ser admitido ainda que para melhor exame. Ademais, se não obstante isso, o Presidente do Tribunal “a quo” não admitir o recurso extraordinário a que foi dado efeito suspensivo em medida cautelar requerida perante esta Corte, ter-se-á a esdrúxula situação de um recurso extraordinário não-admitido por quem é competente para tanto continuar a ter efeito suspensivo antes de reformada a decisão de não-admissibilidade, uma vez que o despacho de não-admissão na Corte de origem não tem força para reformar a concessão de cautelar dada pelo Tribunal “ad quem” que lhe é hierarquicamente superior. Agravo a que se nega provimento”. (Pet 1.189 AgR/MG, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/10/1996). Conforme, ainda: Pet 1.872 QO/RS,

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para conceder medida cautelar para suspender os efeitos de decisão sujeita a recurso extraordinário sempre foi objeto de críticas pela doutrina, tanto antes de 24/09/2003¹⁸⁶ quanto depois¹⁸⁷.

Continuará sendo alvo de críticas (e já é¹⁸⁸), porque o parágrafo único do art. 299, Código de Processo Civil de 2015, prevê que “*ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito*”.

Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/1999; Pet 1.863 QO/RS, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/1999; Pet 1.327 AgR/PE, Min. Rel. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/1997; Pet 1.334 AgR/PE, Min. Rel. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/1997; Pet 1.336 AgR/PE, Min. Rel. NELSON JOBIM, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/1997; Pet 1.341 AgR/SP, Min. Rel. NELSON JOBIM, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/1997; Pet 1.211 AgR/CE, Min. Rel. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/12/1996.

¹⁸⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11: Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 602-603; DIAS, Luiz Claudio Portinho. A Medida Cautelar como Instrumento Hável a Conferir Efeito Suspensivo a Recursos Extraordinários. *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol. 780, out. 2000, p. 151-156; FERREIRA, William Santos. Medidas Cautelares para dar Efeito Suspensivo a Recurso e para Obstar Efeitos da Decisão Rescindenda. *Revista de Processo*, ano 20, vol. 77, jan/mar. 1995, p. 157 - em relação a precedente do Superior Tribunal de Justiça; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.158—159;

¹⁸⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 774-776; CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Os Meios de Impugnação na Medida Cautelar que atribui Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário sob o Enfoque das Súmulas 634 e 635 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 13, abr. 2004; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Breves Notas sobre a Súmula 634 do STF. *Revista de Processo*, ano 30, vol. 121, mar. 2005; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010, p. 124-127; JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 437-439; MARINONI, Luiz Guilherme. Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário - Medida Cautelar e Tutela Antecipatória. *Revista Jurídica*, ano 55, vol. 360, out. 2007, p. 46-50; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.119; NETTO, Nelson Rodrigues. Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: o Recurso Extraordinário e a Competência para deferir Medida Cautelar concessiva de Efeito Suspensivo. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 11, fev. 2004; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Cabimento de Medida Cautelar para Emprestar Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário: breves considerações acerca da recente Súmula 634 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 12, mar. 2004; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Do Procedimento Comum Cautelar. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 125, ago. 2013, p. 56-57; WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

¹⁸⁸ Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (*Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 311), “o novo Código dispõe em sentido contrário àquele consagrado nas Súmulas 634 e 635, STF, que já constituíam alvo de crítica da doutrina. Isso significa que, nada obstante o recurso penda de admissibilidade no tribunal de origem, a competência para outorga de antecipação de tutela recursal no recurso extraordinário e no recurso especial é respectivamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”.

O fato é que, no Supremo Tribunal Federal, a suspensão dos efeitos de decisão sujeita a recurso extraordinário depende, além da demonstração do *fumus boni iuris* “qualificado” e do *periculum in mora* (conforme acima), que o recurso extraordinário tenha sido, efetivamente, interposto e admitido pelo tribunal de origem, ou que tenha sido interposto e provido agravo (art. 544) em face da decisão que não admitiu o recurso.¹⁸⁹ Em situações que reputa “excepcionais”, porém, o Supremo Tribunal Federal abre mão do entendimento firmado nas Súmulas ns. 634 e 635 e conhece medida cautelar com a finalidade em exame.¹⁹⁰

Em suma, segundo ARAKEN DE ASSIS:

A jurisprudência dominante do STF exige a configuração simultânea de quatro requisitos: (a) juízo de admissibilidade positivo, e, assim, o nascimento da competência cautelar do STF; (b) presença de todos os requisitos de admissibilidade do extraordinário, a critério do relator; (c) plausibilidade do seu provimento; (d) existência de flagrante receio de dano. O único requisito que discrepa totalmente do regime geral das medidas cautelares é o primeiro – a admissão do extraordinário.¹⁹¹

4.2.4 Medida Cautelar em Recurso Especial.

O Superior Tribunal de Justiça, desde a edição das Súmulas ns. 634 e 635 pelo Supremo Tribunal Federal, frequentemente as aplica por analogia.¹⁹²

¹⁸⁹ Conforme: AC 355 ED/rj, Min. Rel. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015; AC 3.738 AgR/MG, Min. Rel. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015; AC 3.746 MC-Ref/SP, Min. Rel. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015; AC 3.643 AgR/RJ, Min. Rel. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2014; AC 2.860 ED-SP, Min. Rel. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014; AC 3.173 MC-Ref/SP, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013; AC 2.383 MC-QO/DF, Min. Rel. AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012; AC 2.683 MC-QO/PR, Min. Rel. AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012; AC 2.355 MC-QO/RJ, Min. Rel. AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012.

¹⁹⁰ Conforme: AC 3.298 MC-AgR/PB, Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2013; AC 1.851 QO/RO, Min. Rel. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2008; AC 1.810 QO/DF, Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2007; AC 1.550/RO, Min. Rel. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/02/2007; AC 1.114 MC-AgR/SP, Min. Rel. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2006.

¹⁹¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 777.

¹⁹² Conforme: MC 24.632/PR, Min. Rel. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015; AgRg na MC 24.787/DF, Min. Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2015; AgRg na MC 24.610/RJ, Min. Rel. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015; AgRg na MC 24.724/BA, Min. Rel. OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015; AgRg na MC 24.591/MG, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2015; AgRg na MC 24.099/RJ, Min. Rel. REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015; MC 24.241/DF, Min. Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, entre inúmeros outros.

Ou seja, admite-se medida cautelar para suspender os efeitos de decisão sujeita a recurso especial diretamente no Superior Tribunal de Justiça, desde que: (a) o recurso especial tenha sido admitido no tribunal de origem (Súmulas ns. 634 e 635, Supremo Tribunal Federal, por analogia); (b) demonstre-se a probabilidade de que o recurso venha a ser provido, considerando-se as hipóteses de cabimento do recurso (art. 105, III, Constituição Federal), os óbices regimentais e sumulares (Súmula n. 7, Superior Tribunal de Justiça, por exemplo)¹⁹³ – o *fumus boni iuris* “qualificado”, conforme acima – e; (c) demonstre-se o perigo de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação, caso a medida não seja concedida (*periculum in mora*).¹⁹⁴

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em situações que reputa excepcionais (valendo-se, para tanto, de conceitos como “teratologia” e “manifesta ilegalidade”) – que são em maior número do que as situações consideradas “excepcionais” pelo Supremo Tribunal Federal – avoca para si a competência para conceder medida cautelar enquanto pende de exame de admissibilidade o recurso especial.¹⁹⁵

¹⁹³ Conforme: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA INDEFERIMENTO LIMINAR DE CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. 1. O *fumus boni iuris* necessário ao deferimento das medidas cautelares intentadas com o propósito de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial está diretamente relacionado com a probabilidade de êxito do próprio recurso especial, motivo pelo qual é inafastável o exame dos requisitos de admissibilidade e também os próprios fundamentos de direito da irrisignação apresentada. 2. No caso, não se vislumbra a presença desse requisito, visto que, de acordo com uma análise preliminar, a pretensão recursal esbarra nas Súmulas n. 7 do STJ e 284 do STF, assim como na falta de demonstração do dissídio jurisprudencial invocado. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg na MC 24.109/SP, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015)

¹⁹⁴ Conforme: AgRg na MC 24.728/SP, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2015; AgRg na MC 24.583/PE, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2015; AgRg na MC 24.337/RS, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2015; AgRg nos EDcl na MC 24.660/MG, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2015, entre inúmeros outros.

¹⁹⁵ Conforme: AgRg na MC 23.933/ES, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2015; AgRg na MC 24.750/TO, Min. Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015; AgRg na MC 24.610/RJ, Min. Rel. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015; AgRg na MC 23.747/SP, Min. Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015; AgRg na MC 24.591/MG, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2015; AgRg na MC 24.485/DF, Des. Rel. OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2015; AgRg na MC 24.727/MG, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015; AgRg na MC 24.099/RJ, Min. Rel. REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015; MC 24.241/DF, Min. Rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, entre inúmeros outros.

4.2.5 Procedimento (?).

Em regra, os pedidos “cautelares” para suspender os efeitos de decisões sujeitas a recurso especial e/ou a recurso extraordinário exaurem-se na concessão ou não da medida – o que, de certa forma, corrobora a tese de que, na verdade, a medida tem natureza satisfativa (antecipação dos efeitos da tutela recursal)¹⁹⁶. Com efeito, à decisão que concede ou nega a concessão da tutela cautelar não se segue o procedimento comum de toda e qualquer medida cautelar incidental: não há, por exemplo, cientificação formal do réu sobre o pedido, nem mesmo, por vezes, sentença propriamente dita.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem, com tranquilidade, que as medidas cautelares com a finalidade em exame exaurem-se tão logo é proferida a decisão (via de regra monocrática) que concede ou não concede o pedido. Em algumas situações, a parte interessada (o requerente, na hipótese de não concessão da medida; o requerido, se concedida a medida) interpõe agravo regimental com o objetivo de reformar a decisão monocrática. O pedido cautelar exaure-se, então, com o pronunciamento do órgão fracionário competente do Tribunal Superior. Contudo, ainda assim, frequentemente não há sentença (ou acórdão com valor de sentença), por exemplo.

Confira-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

Segundo a jurisprudência do STF, a chamada “medida cautelar” (art. 21, IV, do RISTF) destinada a atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário não tem natureza de ação cautelar autônoma, mas de simples incidente recursal, não lhe sendo aplicável o procedimento cautelar previsto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Conforme: ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 776-777; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

¹⁹⁷ AC 1.796 MC-AgR/RJ, Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2013. Confira-se, ainda: EDcl na MC em AC 1.317/SP, Min. Rel. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2008; Pet 1.886 AgR-QO/RS, Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2006; AC 254 QO/PA Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2004; AC 83 QO/CE, Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2003; Pet 2.961 QO/RJ, Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2003; Pet 2.597 QO/PR, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2003; Pet 2.851 QO/CE, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2002; Pet 2.464/PR, Min. Rel. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2002; Pet 2.466 QO/PR, Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2001; Pet 2.246 QO/SP, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001; Pet 1.440 AgR/PE, Min. Rel. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/1998.

O pedido de efeito suspensivo ao recurso especial não possui natureza jurídica própria de ação cautelar autônoma, tratando-se de incidente, que se exaure com o acolhimento ou rejeição do pedido (sujeito a recurso), dispensando a necessidade de citação e, em consequência, de condenação honorária.¹⁹⁸

Contudo, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER desde, pelo menos, 1994, recomenda a observância, nos Tribunais Superiores, do “procedimento comum cautelar”, sobretudo porque não se observa, na prática da suspensão ou não dos efeitos de decisão sujeita a recurso especial e/ou extraordinário, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, Constituição Federal):

(...) me parece que esses pedidos cautelares (e o STJ se serve dessa terminologia para conceder esse efeito suspensivo) ortodoxamente, rigorosamente, deveriam ser tratados como se fossem verdadeiras ações cautelares incidentais inominadas. Isso porque, se admitisse que se pudesse formular um mero pedido cautelar, para conceder efeito suspensivo a qualquer recurso, por exemplo, na Justiça Estadual, isso significaria que seria permitido que se fizessem pedidos de natureza cautelar no bojo de qualquer processo ou procedimento, o que, a meu ver, é um tanto quanto perigoso, e rigorosamente incorreto. Portanto, e esta talvez seja a única crítica importante à situação existente, me parece ser aconselhável que texto de lei que futuramente, discipline aspectos desse procedimento incidental, que é um procedimento que leva efeito, que veicula, o exercício de direito de ação, crie condições, de que fosse exercido, já que se trata de uma ação, plenamente o princípio do contraditório.¹⁹⁹

Em idêntico sentido está ARAKEN DE ASSIS, para quem, examinando a inexistência de procedimento para as medidas cautelares com o objetivo de sustar os efeitos de decisão sujeita a recurso especial e/ou extraordinário, “a *dispensa do contraditório contraria direito fundamental*”²⁰⁰.

Por fim, também sugere a adoção, pelos Tribunais Superiores, do procedimento comum das medidas cautelares incidentais, NELSON NERY JUNIOR:

A situação fática, ensejando ação cautelar incidental para sustar a eficácia da decisão judicial recorrível, comporta todo o procedimento exigido para toda e qualquer ação cautelar incidental, começando pela citação do requerido, inviável sob a forma de intimação de seu advogado por falta de autorização legal para tanto. É óbvio que, em casos urgentes, pode o relator ou o

¹⁹⁸ AgRg na MC 11.282/SP, Min. Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/05/2006. Confira-se, ainda: EDcl no AgRg na MC 8.461/BA, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2015; AgRg nos EDcl na MC 11.193/BA, Min. Rel. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2013; EREsp 677.196/RJ, Min. Rel. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/11/2007; AgRg na MC 11.914/SP, Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2007; AgRg na MC 11.496/PR, Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2006; EDcl na MC 7.531/MT, Min. Rel. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004; AgRg na MC 5.738/SP, Min. Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2002.

¹⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida Cautelar para dar Efeito Suspensivo a Recurso. *Revista de Processo*, ano 83, vol. 74, abr/jun. 1994, p. 4 do artigo.

²⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 777 e p. 846.

colegiado conceder liminar inaudita altera pars. Mas, de toda sorte, é preciso que sejam observados os trâmites processuais exigidos para a ação cautelar.²⁰¹

4.3 MEDIDA CAUTELAR PARA DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL E/OU RECURSO EXTRAORDINÁRIO RETIDO.

4.3.1 Regime de Retenção Obrigatória do Recurso Especial e/ou do Recurso Extraordinário.

Segundo o art. 542, §3º, Código de Processo Civil, “*o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões*”. Consiste no regime de retenção obrigatória do recurso especial e/ou do recurso extraordinário, quando interpostos em face de decisão interlocutória.

O dispositivo é alvo de críticas. Segundo ARAKEN DE ASSIS, “*o mero intuito oportunista – reduzir o número de recursos para os tribunais superiores – não constitui razão bastante para mudança tão radical, quanto inútil*”²⁰². Contudo, o Supremo Tribunal Federal, como que afirmando a constitucionalidade do art. 542, §3º, Código de Processo Civil, editou a Súmula n. 735, segundo a qual “*não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*”.

Embora o texto legal não preveja temperamentos, jurisprudência e doutrina cuidaram de flexibilizar o dispositivo em certas situações. O tema é, compreensivelmente, tratado com casuísmo. Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI:

(...) a regra do art. 542, § 3º, relativa à retenção dos recursos, não se aplica aos casos em que a decisão interlocutória puder causar dano grave. Nesse caso, o interesse recursal está ligado à possibilidade de se afastar o dano; a parte tem interesse em recurso que tenha a capacidade de afastar o dano, e não em recurso que, ficando retido, nada pode fazer contra o dano temido

²⁰¹ JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 453.

²⁰² ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 791.

(...). Se o tribunal de origem decide obstaculizar o recurso, não obstante a demonstração de fundado receio de dano, essa decisão deve ser corrigida.²⁰³

4.3.2 Medida Cautelar como Meio de Impugnação e Destrancamento.

Preliminarmente, reconhece-se que a medida cautelar não é o único meio de obter o destrancamento do recurso especial e/ou do recurso extraordinário. Segundo JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, “*vem se sedimentando, nos tribunais superiores, a orientação, que nos parece acertada, no sentido de que se deve admitir, para o destrancamento de recurso extraordinário ou especial indevidamente retidos, o manejo de qualquer meio processualmente idôneo*”²⁰⁴. ARAKEN DE ASSIS, porém, vê o fenômeno sob outro ponto de vista: “*a variedade de meios retrata a desconcertante falta de caminho único, direto e seguro*”²⁰⁵, de modo que é imprescindível que intervenha, na situação, o princípio da fungibilidade de meios.

O fato é que a medida cautelar é um dos (e talvez o mais seguro) meios de obter o destrancamento de recurso especial e/ou recurso extraordinário. Seus objetivos e pressupostos de cabimento (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) melhor se adequam (comparativamente a outros possíveis meios utilizados, que não raro são reputados inadequados²⁰⁶ – agravo do art. 544, Código de Processo Civil, reclamação

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário - Medida Cautelar e Tutela Antecipatória. *Revista Jurídica*, ano 55, vol. 360, out. 2007, p. 52-54. Em sentido idêntico: MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 661.

²⁰⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 662. O autor cita o precedente firmado no Superior Tribunal de Justiça, em AgRg na Pet 4.518/RJ, Min. Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2006, de onde se extrai que “*pouco importa o instrumento de que se vale o interessado para pleitear o destrancamento de recurso especial*”. Confira-se, ainda, no Superior Tribunal de Justiça: AgRg na Pet 6.524/PA, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010; AgRg no Ag 820.615/RJ, Min. Rel. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2007; AgRg na MC 5.737/SP, Min. Rel. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2002. Confira-se, ainda, no Supremo Tribunal Federal: Rcl 3.268 AgR/SP, Min. Rel. CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2006; MC na Pet 3.598/RJ, Min. Rel. CEZAR PELUSO, decisão monocrática proferida em 03/02/2006. ARAKEN DE ASSIS (*Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 794) sustenta que, diante de indevida retenção, “*o recorrente poderá agravar, a teor do art. 544. Outra opinião aconselha o emprego da reclamação. As duas modalidades de controle são admissíveis. Soma-se a elas uma terceira: o poder geral de cautela*”.

²⁰⁵ Ibidem, p. 860.

²⁰⁶ O Superior Tribunal de Justiça já reputou incabível o agravo do art. 544, Código de Processo Civil, para esta finalidade: AgRg no Ag 462.024/SP, Min. Rel. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2003. Em outras situações, embora interposto e conhecido o agravo do art. 544, Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça examinou o tema à luz dos requisitos da medida cautelar (AgRg no AREsp 497.326/ES, Min. Rel. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2015; AgRg no AREsp 640.987/RS, Min. Rel. PAULO DE TARSO

etc.) à necessidade de que o recurso retido por força do art. 542, §3º, Código de Processo Civil, tenha prosseguimento.

Cabe ao recorrente, através de medida cautelar, demonstrar que há probabilidade de provimento do recurso (*fumus boni iuris*) e que, permanecendo ele retido, poderá advir dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação à parte, ou, ainda, que será inútil a decisão proferida posteriormente (*periculum in mora*).

O Supremo Tribunal Federal, neste sentido, já concedeu medida cautelar para destrancar recurso extraordinário retido quando, presentes os requisitos genéricos da cautelaridade, foi interposto em face de decisão que negou a concessão de antecipação de tutela (AC 929 QO/RJ, Min. Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/09/2005). Contudo, com a edição da Súmula n. 735, Supremo Tribunal Federal, tal providência assumiu a natureza de “excepcional” (AC 3.474 AgR/RJ, Min. Rel. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014; Pet 4.917 AgR/RJ, Min. Rel. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014; AC 3.408 AgR/RJ, Min. Rel. TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já concedeu medida cautelar para destrancar recurso especial retido quando, presentes os requisitos genéricos da cautelaridade, foi interposto em face de decisão que negou a concessão de antecipação de tutela (MC 15.663/RJ, Min. Rel. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010; MC 5.435/DF, Min. Rel. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2003; MC 3.229/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2002; MC 3.564/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2001), bem como quando a matéria versava sobre competência absoluta ou relativa (MC 2.624/RJ, Min. Rel. EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2000), por exemplo.

SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015; AgRg no AREsp 677.887/PA, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015; AgRg no AREsp 255.298/AL, Min. Rel. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015; AgRg no AREsp 212.169/RJ, Min. Rel. REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015; AgRg no AREsp 389.007/GO, Min. Rel. MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2014; AgRg no AgRg no AREsp 563.744/RS, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2014). O Superior Tribunal de Justiça reputou, também, incabível agravo de instrumento (art. 522, Código de Processo Civil) (AgRg no Ag 368.424/SP, Min. Rel. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2002) e, inclusive, reclamação (Rcl 686/SP, Min. Rel. FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/09/2004; AgRg na Rcl 2.402/SP, Min. Rel. ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2007).

Os Tribunais Superiores, via de regra, nestas hipóteses, ignoram as Súmulas ns. 634 e 635, Supremo Tribunal Federal. Ou seja, assumem a competência para conceder a medida cautelar, com o objetivo de determinar o processamento dos recursos indevidamente retidos.

Por fim, convém notar que a concessão de medida cautelar para destrancar recurso especial e/ou recurso extraordinário retido importa tão somente em seu prosseguimento, mas não em sua automática admissão. THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERT FERREIRA GOUVÊA, LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI e JOÃO FRANCISCO NAVES DA FONSECA lecionam, neste sentido:

A desretenção do recurso extraordinário ou do especial, que, em certos casos, pode ser determinada pelo STF ou pelo STJ, não significa que o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido deva deferir a subida do recurso, mas apenas que, após o oferecimento de contrarrazões pelo recorrido (art. 542-caput), o seu cabimento será imediatamente apreciado, sem que se aguarde o eventual recurso extraordinário ou especial contra a decisão final e a sua reiteração. Ou seja, nessa fase, a decisão do STF ou do STJ limita-se, se for deferido o pedido de desretenção, a ordenar a prolação da decisão preliminar de admissão ou denegação pelo juízo a quo, sem que este se sujeite aos fundamentos que justificaram a inaplicabilidade da retenção.²⁰⁷

²⁰⁷ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Robert Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 45ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 737. Citam precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5 CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, examinou-se a previsão de irrecorribilidade de decisões ou a eliminação de espécies recursais como medidas que, inseridas em um momento em que se atribui à sistemática recursal parcela da culpa pela morosidade do Poder Judiciário, são teoricamente legítimas; examinou-se, neste sentido, o duplo grau de jurisdição, cujo conteúdo máximo, caso seja considerado princípio da ordem jurídica constitucional, diz respeito à possibilidade de revisão, por meio da apelação ou do recurso ordinário, da decisão final (sentença ou acórdão com valor de sentença), de modo que as demais decisões judiciais e as demais espécies recursais não encontram, no suposto princípio do duplo grau de jurisdição, guarida; concluiu-se, todavia, que a eliminação de recursos ou a restrição de cabimento, mediante previsão de decisões irrecorríveis, por exemplo, sempre trouxe consigo – e sempre trará – um efeito colateral, consubstanciado na busca e utilização, pelas partes prejudicadas, de meios autônomos (e alternativos) de impugnação às decisões judiciais.

Em segundo lugar, examinou-se a origem do *habeas corpus* em Roma, Portugal e entre nós, bem como sua origem inglesa, a que comumente referem-se os autores; examinou-se a conhecida “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, a partir das considerações de RUI BARBOSA e PEDRO LESSA; examinou-se a natureza jurídica do *habeas corpus*, como ação autônoma de impugnação, equivocadamente encartado como recurso pelo Código de Processo Penal; examinou-se a (in)aplicabilidade do conceito de direito líquido e certo ao *habeas corpus*, embora reconheça-se a inexistência de amplo espaço para instrução no curso processual; concluiu-se pelo amplo cabimento do *habeas corpus* contra decisões judiciais, recorríveis ou irrecorríveis, transitadas em julgado ou não, porque a essencialidade do valor que através desta ação se busca proteger – a liberdade de locomoção – torna imperioso concluir que nenhuma opção político-legislativa ou mesmo garantia constitucional (como a coisa julgada) pode permitir que o ordenamento conviva com e admita uma restrição ilegal à liberdade de locomoção.

Em terceiro lugar, examinou-se o conceito de mandado de segurança e de direito líquido e certo; examinou-se o desenvolvimento histórico do mandado de segurança, cuja origem é comum ao *habeas corpus*; examinou-se o emprego do mandado de segurança contra ato judicial em quatro fases distintas, incluindo os dias atuais, concluindo-se pelo cabimento do mandado de segurança contra ato

jurisdicional, desde que irrecurável ou desde que o recurso cabível não seja apto a afastar ou remediar, com eficiência, ameaça ou lesão a direito líquido e certo da parte; examinou-se o emprego do mandado de segurança contra ato judicial, a partir da diretriz indicada, à luz do Código de Processo Civil de 2015; examinou-se a utilização de conceitos como “teratologia” e “dano irreparável” e o consequente desserviço que prestam ao estudo do tema relativo ao mandado de segurança contra decisão judicial; examinou-se a necessidade de que a parte adversa, na ação de origem, componha o polo passivo do mandado de segurança contra ato judicial, na medida em que beneficiário do ato coator; examinou-se o emprego de mandado de segurança contra omissões judiciais, já que, em si mesmas, irrecuráveis; examinou-se, por fim, o emprego de mandado de segurança contra decisão judicial revestida pela autoridade da coisa julgada, aplicando-se ao tema a mesma diretriz válida para as decisões judiciais em geral.

Em quarto lugar, examinou-se o conceito e finalidade da medida ou tutela cautelar, levando-se em consideração as duas doutrinas opostas sobre o tema; examinaram-se as principais características atribuídas às medidas cautelares; examinou-se o poder geral de cautela consagrado no art. 798, Código de Processo Civil; examinou-se o emprego de medida cautelar para sustar os efeitos de decisão judicial, quando sujeita a recurso especial ou recurso extraordinário, desde que o recorrente, além de interpor o recurso cabível, demonstrar que a execução provisória da decisão possa acarretar-lhe dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*), tornando inútil eventual e provável (*fumus boni iuris*) decisão de provimento do recurso especial e/ou do recurso extraordinário, fenômeno equivocadamente denominado, por significativa parte da doutrina, como “medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial ou a recurso extraordinário”; examinou-se a competência para concessão de tal medida cautelar, em tese do próprio Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça, conforme o recurso, de acordo com o parágrafo único do art. 800, Código de Processo Civil de 1973, e parágrafo único do art. 299, Código de Processo Civil de 2015; examinou-se, porém, o teor das Súmulas ns. 634 e 635, Supremo Tribunal Federal, frequentemente aplicadas por analogia pelo Superior Tribunal de Justiça, deslocando a competência para concessão de tais medidas cautelares ao presidente do tribunal de origem, até que sobrevenha juízo positivo de admissibilidade; examinou-se a inexistência de procedimento para a medida cautelar com a finalidade em exame, exaurindo-se ela

com a concessão ou não da medida em caráter de antecipação dos efeitos da tutela cautelar, corroborando, em alguma medida, a tese de que, em verdade, o fenômeno em exame não tem natureza cautelar, mas, sim, de antecipação dos efeitos da tutela recursal; examinou-se, por fim, o emprego de medida cautelar – sem prejuízo de outros inúmeros meios reconhecidos como idôneos para tanto – para destrancar recurso especial e/ou recurso extraordinário retidos, por força do art. 542, §3º, Código de Processo Civil, desde que o recorrente demonstre que o não processamento do recurso, naquele momento, tornará irrelevante – porque inútil - futura e incerta decisão sobre o tema (*periculum in mora*), e que existem grandes probabilidades de que o recurso venha a ser provido (*fumus boni iuris*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: De Acordo Com a Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009*. 3ª ed. ref. atualizada. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

AMARAL, Paulo Osternack. Mandado de Segurança e Arbitragem. In: CAZZARO, Kleber (coord.). *Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Jubileu de Diamante da criação da Faculdade Estadual de Direito de Ponta Grossa*. Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014, p. 555-571.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados Recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ano 81, ago. 1992.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARDOSO, Gustavo Brígido Bezerra. Considerações Históricas sobre o Mandado de Segurança. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Os Meios de Impugnação na Medida Cautelar que atribui Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário sob o Enfoque das Súmulas 634 e 635 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 13.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11: Do Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; JÚNIOR, Fredie Didier. Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre Competência e a decisão que nega eficácia a Negócio Jurídico Processual na Fase de Conhecimento. *Revista de Processo*, vol. 242, ano 40, p. 275-284.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 5.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 82-93

_____. Breves Notas sobre a Súmula 634 do STF. *Revista de Processo*, ano 30, vol. 121, mar. 2005.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. A Medida Cautelar como Instrumento Hábil a Conferir Efeito Suspensivo a Recursos Extraordinários. *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol. 780, out. 2000.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, William Santos. Medidas Cautelares para dar Efeito Suspensivo a Recurso e para Obstar Efeitos da Decisão Rescindenda. *Revista de Processo*, ano 20, vol. 77, jan/mar. 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 4. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Vicente Greco. *O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes e; FERNANDES, Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Ary Florencio. *Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional no Direito Brasileiro*. In: PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL e TERCEIRAS JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1962, São Paulo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962.

JAYME, Fernando Gonzaga e SANTOS, Marina França. A Superação do Duplo Grau de Jurisdição Como Princípio. *Revista de Processo*, vol. 214, ano 37, dez. 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei do Mandado de Segurança Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *O Mandado de Segurança Segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Processo Cautelar*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*, vol. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KUKINA, Sérgio Luíz. O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 109, ano 28, jan/mar. 2003.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1.º. In: FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 605, março de 1986.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário - Medida Cautelar e Tutela Antecipatória. *Revista Jurídica*, ano 55, vol. 360, out. 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____; _____; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais: Ações Coletivas, Ações Constitucionais, Jurisdição Voluntária, Antecipação dos Efeitos da Tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Robert Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 45ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETTO, Nelson Rodrigues. Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: o Recurso Extraordinário e a Competência para deferir Medida Cautelar concessiva de Efeito Suspensivo. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 11, fev. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*. 4ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Mandado de Segurança Contra Atos Jurisdicionais. *Revista de Processo*, vol. 33, ano 9, jan/mar. 1984.

PINTO, Nelson Luiz. Medidas Cautelares - Poder Cautelar Geral de Juiz. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Cabimento de Medida Cautelar para Emprestar Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário: breves considerações acerca da recente Súmula 634 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 12, março de 2004.

RIGOLIN, Antônio. Das Medidas Cautelares. *Revista de Processo*, ano 15, n. 57, jan/mar. 1990.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição - Conteúdo e Alcance Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Marina França. *A Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SIDOU, José Maria Othon. *Do Mandado de Segurança*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular - As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Teoria da Ação Cautelar. *Revista de Processo*, ano 15, n. 59, jul/set. 1990.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Função e Estrutura. In: FUX, Luiz; JUNIOR, Nelson Nery e; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim

(coord.). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Do Procedimento Comum Cautelar. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 125, ago. 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida Cautelar para dar Efeito Suspensivo a Recurso. *Revista de Processo*, ano 83, vol. 74, abr/jun. 1994.

_____. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.